

UNIVERSITÉ DE PARIS — FACULTÉ DE DROIT

DE L'ACCESSION DES FEMMES

AUX FONCTIONS DE LA TUTELLE

THÈSE POUR LE DOCTORAT JURIDIQUE

Présentée et soutenue le Vendredi 6 Février 1914, à 1 h. 1/2.

PAR

M^{lle} J. POREZ

Président : M. MASSIGLI.

*Suffragants : { MM. AMBROISE COLIN, professeur.
BERNARD, agrégé.*

PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

ARTHUR ROUSSEAU

ÉDITEUR

14, rue Soufflot, et rue Toullier, 13

1914

Thèse
Paris
1914

*A LA MÉMOIRE DE MA MÈRE
A MON PÈRE*

THÈSE
POUR LE DOCTORAT

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

UNIVERSITÉ DE PARIS — FACULTÉ DE DROIT

65061.

DE L'ACCESSION DES FEMMES

AUX FONCTIONS DE LA TUTELLE

THÈSE POUR LE DOCTORAT JURIDIQUE

Présentée et soutenue le Vendredi 6 Février 1914, à 1 h. 1/2.

PAR

M^{lle} J. POREZ

Président : M. MASSIGLI.

*Suffragants : { MM. AMBROISE COLIN, professeur.
BERNARD, agrégé.*

PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

ARTHUR ROUSSEAU

ÉDITEUR

14, rue Soufflot, et rue Toullier, 13

1914





Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41552223_0066

BIBLIOGRAPHIE

- ACCARIAS. — *Précis de droit romain*, t. I, 4^e édit. Paris, 1886.
- ADAM (Paul). — *Stéphanie*, roman, 1913.
- ARGOU. — *Institution au droit français*. Paris, 1787.
- AUBRY et RAU. — *Cours de droit civil français*, pour les quatre premiers tomes, 4^e édit. pour les autres.
- BAUDOUIN (M. le procureur général). — *Conclusions*, D. 1902, I, p. 350.
- BAUDRY-LACANTINERIE et HOUQUES-FOURCADE. — *Des personnes*, t. I et II, 2^e édit. Paris, 1900-1902.
- BAUDRY-LACANTINERIE, CHAUVEAU et CHÉNEAUX. — *Des personnes*, t. III, 2^e édit. Paris, 1902.
- BAUDRY-LACANTINERIE, CHÉNEAUX et BONNECARRÈRE. — *Des personnes*, t. IV, 2^e édit. Paris, 1905.
- BEAUNE (Henri). — *Droit coutumier français. — De la condition des personnes*. Paris, 1882.
- BEAUTEMPS-BEAUPRÉ. — *Le livre des droiz et des commandements d'office de justicé*, t. II. Paris, 1865. — *Coutumes et institutions de l'Anjou et du Maine*. Paris, 1877-1894.
- BEUDANT. — *Cours de droit civil français. — L'état et la capacité des personnes*. Paris, 1896-1897.
- BOIS (Jules). — *La femme nouvelle*, *Revue encyclopédique*, 28 novembre 1890. — *L'Eve nouvelle*, roman.
- BOUSQUET. — *Des conseils de famille, avis de parents, tutelles et curatelles*. Paris, 1813.
- BRIDEL. — *Mélanges féministes. — La femme et le droit*, 1886.
- CHARDON. — *Traité des trois puissances, maritale, paternelle et tutélaire*. Paris, 1841.
- CHARMONT. — *Le mouvement social contemporain. — Les transformations du droit civil*.

- COLIN (A.). — *Traité de droit civil*, 1913. — *Bulletin de la Société d'études législatives*, 1902.
- CUBAIN. — *Traité des droits des femmes*. Paris, 1842.
- DALLOZ. — *Répertoire de législation et suppléments*. V° Interdiction. V° minorité.
- DELSOL. — *Explication du Code Napoléon*. Paris, 1867.
- DELZONS (LOUIS). — Les lois des femmes (*Revue des Deux-Mondes*, novembre 1906). — L'enfant et la famille (*Revue des Deux-Mondes*, septembre 1907).
- DEMANTE et COLMET DE SANTERRE. — *Cours analytique du Code civil*. Paris, 1849-1884.
- DEMOLOMBE. — *Cours de Code civil*. Paris, 1845-1882.
- DOMAT. — *Lois civiles*. Paris, 1877.
- DUCAURROY, BONNIER et ROUSTAIN. — *Commentaire théorique et pratique du Code civil*. Paris, 1851.
- DURANTON. — *Cours de droit français suivant le Code civil*, Paris, 1825-1842.
- DUVERGIER. — *De la condition politique et civile des femmes*, 1872.
- FABRE (Emile). — *La maison d'argile*, 1907.
- FAGUET. — *Le féminisme*, 1910. — Les dix commandements (*De la famille*).
- FENET. — *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, Paris, 1886.
- FERRIÈRE. — *Dictionnaire de droit et de pratique*, V° femme; V° Tutelle; V° tutrice, Toulouse, 1779. — *Traité des tutelles*, Toulouse, 1766.
- FOUILLÉE (Alfred). — La psychologie des sexes et ses fondemens physiologiques. *Revue des Deux-Mondes*, septembre 1893.
- FRANCK (Ad.). — *Philosophie du droit civil*.
- FREMINVILLE (de). — *Traité de la minorité et de la tutelle*, Clermont, 1845.
- FUNCK-BRENTANO. — *La civilisation et ses lois. Morale sociale*, 1876.
- GIDE (Paul). — *Etude sur la condition privée de la femme*, Paris, 1867.

- GIRARD (P.-F.). — *Manuel élémentaire de droit romain*, 2^e éd. Paris, 1898.
- GIRAUD. — *Essai sur la condition des femmes*, 1882.
- GLASSON (Ernest). — *Histoire du droit français*, Paris, 1904.
— *Histoire du droit et des institutions de la France*, t. III, Paris, 1887.
- GRÉARD. — *L'éducation des femmes par les femmes*.
- HUG (Théophile). — *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, Paris, 1892-1899.
- IBSEN. — *Théâtre*.
- LAINÉ. — *Cours de droit international privé*, 1901-1902.
- LAMPÉRIÈRE (M^{me} Anna). — *Le rôle social de la femme : devoirs, droit, éducation*, 1898.
- LAPIE. — *La femme dans la famille*, 1908.
- LAURENT. — *Avant-projet de revision du code civil belge*, t. II, Bruxelles, 1883. — *Principes de droit civil*, Paris, 1878.
- LEGOUVÉ (Ernest). — *Histoire morale des femmes*, 10^e édit., Paris.
- LELOIR. — *Code de la puissance paternelle*, Paris, 1892.
- LE PELLETIER (M. le Conseiller). — D. 99. 1. 218.
- LE PLAY. — *La réforme sociale en France*, 1874. — *L'organisation de la famille*.
- LEREBOURS-PIGEONNIÈRE. — *La famille et le Code civil (Livre du Centenaire)*.
- LEROY (Maxime). — *Le code civil et le droit romain*, Paris, 1904.
- LOCRÉ. — *Esprit du Code Napoléon*, tiré de la discussion, Paris, 1827-1832.
- LOISEL. — *Institutes coutumières par Eusèbe de Lauriou*, Paris, 1783.
- LOMBROSO et FERRARI. — *La femme criminelle et la prostituée*, 1896.
- MARCADÉ. — *Explication théorique et pratique du Code Napoléon*, 5^e éd., Paris, 1859.
- MARION. — *Psychologie de la femme*.
- MAGNIN. — *Traité des minorités, tutelle et curatelle*, Paris 1833.

- MAYNZ. — *Cours de droit romain*, 5^e éd., Bruxelles et Paris, 1891.
- MARTIN-DUPONT. — *Venus genetrix. Etude de psychologie féminine*, 1910.
- MERLIN. — *Répertoire de jurisprudence*. V^o tutelle; V^o Curateur, Paris, 1815. — *Questions de droit*, V^o tuteur, Bruxelles, 1828-1830.
- MESLÉ. — *Traité des minorités, tutelles et curatelles*, Paris, 1752.
- MEYNIAL. — *Bulletin de la Société d'études législatives*, 1908. — *Rapport oral* de la séance du 18 juin 1908.
- MICHELET. — *La femme*, 1860.
- MOURLON. — *Répétitions écrites sur le Code civil*, 12^e éd., Paris.
- Pandectes françaises*. — Minorité.
- PELLETAN. — *La femme au XIX^e siècle*. — *La mère, le père, l'enfant*.
- PERREAU (E.-H.). — *Revue critique de législation et de jurisprudence*, janvier 1906, 1912.
- PLANIOL. — *Traité élémentaire de droit civil*, 1^{re} éd., Paris, 1900-1902.
- POTHIER. — *Traité des personnes*. — *Traité de la garde noble et bourgeoise*. — *Coutumes des duchés, baillage et prévôté d'Orléans et ressort d'iceux*. — *Introduction au titre IX*. Paris, 1835.
- PROUDHON. — *Traité sur l'état des personnes*, revu par Vallette, 3^e éd. Paris, 1848.
- ROLLAND DE VILLARGUES. — *Répertoire de la jurisprudence du notariat*. V^o Conseil de tutelle, conseil de famille et tutelle. Paris 1841.
- SALEILLES. — *Introduction à l'étude du droit civil allemand*, 1904. — *Le Code civil et la méthode historique (Livre du Centenaire*. — *Mélanges (L'initiative de la femme dans le domaine du droit)*, 1901. — *Rapport sur les conseils de tutelle*, 1913.
- SIMON (Jules et Gustave). — *La femme au XX^e siècle*, 1892.
- SOREL (Albert). — *Livre du Centenaire (Introduction)*.
- STUART-MILL. — *Subjection of women*.

- TAULIER. — *Théorie raisonnée du Code Napoléon*. Paris, 1841.
- TÉTU (Emile). — *Etude sur la condition civile de la femme et spécialement de la femme mariée*. Paris, 1905.
- THOMAS (P.-F.). — *L'éducation dans la famille. (Les péchés des parents)*, 1908.
- TURGEON (Charles). — *Le féminisme français*, t. II, Paris, 1902.
- VILLEY. — *Le mouvement féministe contemporain*, 1895.
- VIOLLET (Paul). — *Histoire du droit civil français*, 2^e édit., Paris, 1893.
- WETTER (van). — *Droit romain*, t. I, Paris, 1875-1876.
- WELLS (H.-G.). — *Anne Véronique*, roman, 1912.
- ZACHARIÆ. — *Cours de droit civil français*. Strasbourg, 1839-1846.

Thèses.

- BONNENFANT (Clément). — *Etude de la tutelle légale de la mère*, Toulouse, 1895.
- GAILLARD (Bernardin). — *De la tutelle maternelle*, Paris, 1897.
- GASTAMBEDE. — *L'enfant devant la famille et l'Etat*. Paris, 1902.
- GAUCHER (Albert). — *La protection et la tutelle des enfants naturels, d'après la loi du 2 juillet 1907*, Paris, 1909.
- JOZON (Robert). — *De la femme tutrice*. Paris, 1906.
- KRUG (Ch.). — *Le féminisme et le droit civil français*. Nancy, 1899.
- LAFON (G.-O.). — *La tutelle des mineurs en droit international et la Convention de La Haye*. Bordeaux, 1912.
- LAFFRAD (Paul). — *La protection des enfants naturels, d'après la loi du 2 juillet 1907*. Paris, 1908.
- LEFEUVRE. — *Les droits de la mère sur ses enfants dans le droit français contemporain*. Paris, 1913.
- PIOCHE (R.). — *De la tutelle et de la protection des enfants naturels*. Paris, 1910.

POIRIER. — *L'infériorité sociale de la femme et le féminisme*.
Paris, 1900.

RENAUDOT. — *Le féminisme et les droits publics de la femme*.
Rennes, 1902.

TOMESCO (Christea). — *Etude juridique sur la tutelle maternelle*. Paris, 1911.

Journaux et Revues.

Annales du Sénat et de la Chambre des députés.

Chambre 1889. Annexe 3515. Rapport de M. Colfavru.

Sénat 1890. Annexe 50. Rapport de M. Cordelet.

Chambre 1905. Annexe 2314. Proposition de loi de M. Marc-Réville.

Sénat 1912. Annexe n° 20. Proposition de loi de M. Louis Martin.

Annuaire de la Conférence Molé-Tocqueville, 1910.

Bulletin de la Société d'études législatives, 1908.

2° Congrès international des Œuvres et institutions féminines, tenu en 1900. — Compte rendu des travaux, t. I et II, Paris, 1902.

Revue critique de législation et de jurisprudence, 1905, 1907, 1913.

Revue des Deux-Mondes, 1893, 1906, 1907.

Revue encyclopédique, 1890.

Ouvrages relatifs à la législation étrangère.

Avant-projet de revision du Code civil belge, par Laurent, t. II, Bruxelles, 1883.

Code néerlandais, traduit par G. Tripels, Maëstricht, 1886.

Code civil général de l'empire d'Autriche, traduit par de Clercq, Paris, 1836.

Code civil italien, traduction et étude de législation comparée par Huc et Orsier, Paris, 1868.

Code civil allemand, traduit par O. de Meulenaere, Paris, 1897.

Code civil suisse du 10 décembre 1907.

Code civil suisse. — Exposé des motifs de l'avant-projet du département fédéral de justice et de police.

INTRODUCTION

« Si ma thèse doit consister tout entière à faire un appel sincère en faveur de l'action sociale et juridique de la femme, laissez-moi vous dire, afin de dissiper toute équivoque, en quoi cette action sociale n'est pas et ne peut pas être ce que l'on est convenu d'appeler du nom de féminisme, — faux féminisme qui tend à faire sortir la femme de son rôle historique et de sa fonction naturelle. ...Il y a un féminisme très vieux en Europe, qui veut l'initiative de la femme dans son rôle d'ordre, d'harmonie et de paix... ; il y a une action sociale et une action juridique de la femme qui est l'expansion sur tous les terrains de sa mission propre et de son activité bienfaisante (1). »

Or, l'accession des femmes aux fonctions de la tutelle favoriserait l'expansion de leur activité bienfaisante et de leur mission propre sur un terrain qui leur fut, jusqu'ici, rarement contesté : celui de garde

(1) R. Saleilles. *L'initiative de la femme dans le domaine du droit*. Conférence donnée en l'hôtel de M^{me} la baronne Piérard, le 17 avril 1901.

et d'éducation, en un mot de prise à cœur des intérêts de l'enfant.

Ces derniers constituent l'essentiel du débat. L'accession des femmes aux fonctions de la tutelle contribue--t-elle à rendre plus efficace la protection due au mineur ? En ce cas, il la faudrait approuver et l'admettre au Code, malgré les difficultés que présente toute réforme juridique — et partielle. Se rallie-t-on à l'hypothèse contraire ? En ce cas, il faudra persister à infliger aux femmes, en matière de tutelle, une incapacité soit aussi rigoureuse que celle de l'article 442, ou guère moins catégorique à supposer qu'on y apporte les atténuations admises déjà par certains pays latins.

Envisager la possibilité d'une telle conclusion, c'est prouver, dès maintenant, que cette thèse ne sera pas soutenue dans un esprit de « faux féminisme » car si légitime que puisse être, pour les femmes, la revendication de leurs « droits individuels » au nom du principe de l'autonomie de la personne humaine, leur revendication reste toutefois subordonnée à l'« intérêt de la collectivité » (1), elle n'est acceptable que si elle accroît leur « mission propre et leur activité bien-faisante », — et cela, plus que jamais dès qu'il s'agit de tutelle (2).

(1) Bridel : *Mélanges féministes*.

(2) « La question qui se pose n'est pas tant de relever la femme d'une incapacité que d'assurer au mineur la protection

A cet égard, le Code de 1804 maintient l'incapacité infligée de temps immémorial à toute femme qui n'est pas la mère ou l'aïeule du mineur : ces dernières elles-mêmes ne jouissent pas des droits de tutelle qui leur adviennent avec la même plénitude que le père ou l'aïeul. En faveur de ceux-ci, la loi n'admet point d'excuse, hormis celles qu'elle a déterminées pour n'importe quel tuteur ; elle leur fait de la tutelle une obligation stricte ; par contre, elle accorde à la mère et à l'ascendante la faculté de se récuser. Si, durant qu'il est tuteur légal de son enfant mineur, l'un des parents survivant se remarie, pour être maintenu en

à laquelle il a droit parce qu'il ne peut se protéger lui-même. Il ne s'agit pas de savoir si la femme doit avoir d'autres droits que ceux qui lui appartiennent dans la législation actuelle, il ne s'agit pas de rechercher si ces droits lui sont nécessaires pour relever sa dignité, sa situation judiciaire. Il s'agit avant tout de savoir si, en lui accordant ces droits, nous ne compromettons pas les intérêts du mineur ! Et si nous lui accordons ces droits, il va de soi que nous sommes obligés d'examiner s'ils ne doivent pas être restreints, limités, toutes les fois que l'intérêt du mineur le demande. Je comprends bien pourquoi le parti féministe tient tant à obtenir cette prérogative, le droit d'être tutrice pour la femme. Sans doute, et nous y applaudissons de tout cœur, c'est parce que la femme est l'être de dévouement par excellence, et il en faut beaucoup pour bien gérer une tutelle ! Mais c'est aussi, sans doute, parce que le droit pour la femme d'être tutrice, c'est l'affirmation très nette de son égalité juridique avec l'homme, puisqu'on lui confie une autorité sur un faible, à elle qui, jusqu'à présent, a été considérée comme telle. » M. Larnaudé (*Bulletin de la Société d'Etudes législatives*, 1908, p. 320).

fonctions, il sera de toute nécessité de consulter le conseil de famille, lorsqu'il s'agit de la mère survivante, tandis qu'en pareil cas, le père survivant garde complètement son indépendance juridique. Le remariage accompli, il en est de même : pleine liberté pour le tuteur ; tandis que la tutrice se voit imposer la cotutelle du second époux. Au cours de la vie commune, l'un des parents du mineur redoute-t-il que son conjoint devenant tuteur s'acquitte mal ou d'une façon insuffisante de ces fonctions, en vue de parer à ces inconvénients, il pourrait lui nommer un conseil de tutelle, mais à la condition formelle qu'une telle nomination émane du mari ; qu'une mère redoute pour son enfant la tutelle d'un père indifférent, joueur ou dépensier, ce palliatif légal de la nomination d'un conseil lui est refusé.

Plus de cent ans après, le Code veut bien fléchir son principe d'exclusion en admettant les femmes à la tutelle des enfants naturels. Le législateur se détermine à cette réforme parce qu'elle est favorable à la protection et aux intérêts du mineur.

Pour la même raison, les Codes les plus récents de nations étrangères décrètent que toute femme peut être tutrice, non seulement de *certaines enfants*, mais de n'importe quel enfant, n'importe quel incapable.

Si, après avoir étudié comment et pourquoi le Code exclut les femmes des fonctions de la tutelle, si après avoir esquissé les réformes accomplies en sens con-

traire par des législations récentes, il semble résulter de cet exposé que, d'une part, la notion traditionnelle de l'incapacité des femmes en matière de tutelle ne peut plus désormais se justifier ; que, d'autre part, le principe contraire permettrait d'élargir la protection due au mineur ; nous serons en droit de conclure qu'il serait bon d'admettre et d'organiser, en France, l'accession des femmes aux fonctions de la tutelle.

PREMIÈRE PARTIE

LÉGISLATION ACTUELLE

CHAPITRE I

FRANCE

Le Code civil déclare que « les femmes ne peuvent être tuteurs ni membres des Conseils de famille » (1).

C'est là un principe formel, rigoureux, mais traditionnel. Le législateur le fléchit : non moins traditionnellement, des 1804, en faveur des mères et des aïeules : puis, en 1907, en ce qui concerne la tutelle des enfants naturels.

SECTION I

TUTELLE D'UN ENFANT LÉGITIME.

§ 1. — *De la mère tutrice.*

« La tutelle des enfants mineurs et non émancipés appartient de plein droit au survivant des père et mère » (2) ; toutefois elle présente un certain nombre

(1) Art. 442-3° du Code civil.

(2) Art. 390.

de particularités lorsqu'elle est déférée à la mère survivante. Il en résulte que le régime imposé à cette dernière diffère beaucoup de celui que la loi organise pour le père survivant.

Première particularité : Faculté légale de refuser la tutelle.

Le père survivant ne peut refuser la tutelle ; pour lui, comme pour tout autre chose, c'est là une charge obligatoire, — sauf à faire valoir une des causes d'excuse énumérées par la loi (1).

La mère survivante, au contraire, « n'est point tenue d'accepter la tutelle » (2), ni de motiver sa détermination ainsi que le conseil de famille le devrait exiger de tout autre tuteur lorsqu'il invoque une cause d'excuse (3). Toutefois, elle ne peut refuser les fonctions de subrogée-tutrice.

Deuxième particularité : Un conseil spécial peut être nommé, par le père, en prévision de la tutelle de la mère survivante.

Le père, non déchu de la puissance paternelle, a le droit « de nommer à la mère survivante et tutrice un

(1) Un tuteur peut invoquer soit des causes d'excuse d'intérêt public (état militaire, certaines fonctions publiques, articles 427-431) ; soit des causes d'excuse d'intérêt privé (grand âge, infirmités graves, pluralité d'enfants ou de tutelles, articles 433-436).

(2) Art. 394.

(3) Art. 438.

conseil spécial, sans l'avis duquel elle ne pourra faire aucun acte relatif à la tutelle. Si le père spécifie les actes pour lesquels le conseil sera nommé, la tutrice sera habile à faire les autres sans son assistance » (1).

Le conseil spécial est nommé par le père, soit en une déclaration devant un juge de paix ou un notaire, soit par acte de dernière volonté. Ces fonctions ne peuvent être dévolues qu'à une seule personne : le Code, en effet, ne mentionne qu'un seul conseil ; l'adoption du système contraire compliquerait inutilement l'administration tutélaire : c'est ce qui survenait dans notre ancien droit où certaines coutumes partageaient les fonctions du conseil entre différents membres.

Toutefois, il est loisible au père de nommer plusieurs conseils successifs.

A la différence de la tutelle et de la subrogée tutelle, la charge de conseil spécial n'est pas obligatoire.

L'incapacité générale des femmes en matière de tutelle les exclut de telles fonctions, exception faite en faveur des aïeules

Le conseil spécial, dit le Code, intervient pour donner « avis » et « assistance » à la mère tutrice. Ces termes semblent n'attribuer au conseil qu'un rôle purement consultatif : interpréter la loi en ce sens irait à l'encontre du but qu'elle se propose ; puisque

(1) Art. 391.

le père redoute que la mère survivante soit incapable de gérer, à elle seule, tous les intérêts de la tutelle ou une partie d'entre eux, la collaboration effective du conseil spécial s'impose, son « avis » et son « assistance » sont donc nécessaires pour les actes qui furent spécifiés par le père.

S'il y a désaccord entre le conseil spécial et la tutrice, on se demande, — le Code ne l'ayant pas désignée, — quelle autorité tranchera le différend ; dans une première opinion, ce serait le conseil de famille ; d'après l'opinion adverse, ce serait le tribunal, parce que la compétence du conseil de famille se limite aux cas énumérés par le Code.

Troisième particularité : Curateur au ventre.

« Si, lors du décès du mari, la femme est enceinte, il sera nommé un curateur au ventre par le conseil de famille. A la naissance de l'enfant la mère deviendra tutrice et le curateur en sera de plein droit le subrogé tuteur » (1).

Cette vieille institution qui vient du droit romain et s'est conservée dans notre ancien droit a pour but d'éviter les fraudes que les héritiers pourraient tenter par suppression, supposition ou substitution de part.

(1) Art. 393.

« Hàtons-nous d'ajouter que... l'intérêt pratique est assez mince. L'institution du curateur au ventre ne paraît guère convenir à nos mœurs : elle prêterait à rire. Le nombre infime des décisions judiciaires dans lesquelles il en est question, démontre que le curateur ne se rencontre presque jamais dans la pratique » (1).

Quatrième particularité : Convul de la mère tutrice.

Le mariage ou le remariage d'un tuteur modifie-t-il sa capacité ? L'oblige-t-il, juridiquement, à quelque démarche auprès du conseil de famille ? En aucune façon : le père tuteur qui se remarie, reste tuteur légal sans aucune modification.

Combien différente est la situation faite à la mère tutrice qui se remarie ! (2). Combien, ici, nous sommes loin de cette liberté si pleinement concédée à

(1) A. Colin. *Traité de droit civil*, p. 469.

(2) Bigot Préameneu, dans la séance du Conseil d'Etat du 22 Vendémiaire an XI, allègue qu'il y a une différence réelle entre le père et la mère. « Le père en se remariant, devient le chef de la nouvelle famille, il reste le maître de ses affaires, c'est lui qui, de fait et de droit, continue à gérer la tutelle. Tandis que la mère qui convole en secondes noces, tombant sous la puissance du second mari, c'est celui-ci qui, de fait, administrera les biens des enfants du premier lit et prendra soin de leur personne. Dès lors, il faut que le Conseil de famille intervienne pour examiner si le second mari mérite d'être chargé de la mission qu'il est appelé à exercer. (Locré, tome III, n. 13, p. 386.)

l'homme ! Quel contrôle sévère entraînera ce changement dans sa vie privée.

Avant l'acte de mariage, la mère doit convoquer le conseil de famille qui décidera si elle peut ou non conserver ses fonctions de tutrice. Cette décision sera-t-elle irrévocable ou bien une voie de recours permettra-t-elle de la discuter quant au fond ? Dans un premier système, on admet la possibilité du recours devant les tribunaux qui jugeront si l'intérêt de l'enfant est utilement sauvegardé et si le retrait de la tutelle est, en réalité, gravement motivé. S'il advient que la bonne foi du conseil de famille, composé en général exclusivement de parents, se laisse égarer par des considérations de détail exagérées sous l'influence du mécontentement provoqué peut-être par le second mariage, les tribunaux interviennent pour donner une appréciation plus exacte des faits. C'est ainsi que la Cour d'Agen fit reconnaître, dès 1860 (1), que le conseil ne doit priver la mère de la tutelle que pour motifs graves. En l'espèce, le conseil de famille reconnaissait, au cours de ses délibérations, que le mariage de la veuve ainsi que sa sollicitude maternelle, ne se pouvaient critiquer ; de même la personnalité du mari se trouvait inattaquable, les intérêts pécuniaires de la mineure hors de cause. Pourtant le conseil de famille se refusait à laisser la tutelle à la mère à cause des

(1) Agen, 24 décembre 1860, D. 61.2.20 ; S. 61.2.182.

multiples déplacements de résidence que lui imposeraient les exigences de carrière du second mari, et lesquels, disait-on, la santé délicate de la mineure ne pourrait que souffrir. A l'encontre de ces décisions, la Cour jugea que la tutelle resterait à la mère parce que la raison invoquée ne se justifiait guère et parce qu'il n'y avait point, à tous égards, de meilleures garanties pour l'enfant que l'affection et le dévouement maternels.

Le Code de procédure civile décide (1) que « le tuteur, le subrogé-tuteur ou curateur, même les membres de l'assemblée, pourront se pourvoir contre les délibérations du conseil de famille et, à cause des termes généraux dont il use, il paraît bien autoriser tout espèce de recours.

Dans un second système, on juge qu'il appartient au conseil de famille de décider souverainement si, malgré son second mariage, la mère doit conserver ou perdre la tutelle. Ce serait là une des attributions conférées par la loi au seul conseil de famille qui pourrait donc statuer, exclusion faite de tout contrôle. Le Code de procédure ne dérogerait pas au Code civil : il ne traiterait, dans cet article, qu'une question de procédure. Quant au fond, le Code civil est formel (2) lorsqu'il décide que le conseil de famille est seul, et sans contrôle, investi du droit de statuer si la

(1) Art. 883.

(2) Art. 395.

mère qui veut se remarier peut garder la tutelle de ses enfants. Il ne s'agit point là d'un simple « avis » mais d'une véritable décision. D'ailleurs, déclarer passible de recours les décisions prises par le conseil de famille présenterait, en pratique, trop d'inconvénients (1). « Lorsque le conseil aura refusé de maintenir la veuve qui se remarie dans la tutelle, l'infirmité de sa décision ne créera pas de difficulté puisque la femme sera par justice réintégrée dans cette tutelle qu'elle tient de la loi et que ne lui sera pas enlevée. Mais supposez l'hypothèse inverse. Le conseil déclare maintenir la même tutrice et le tribunal informe sa décision. Il faudra nécessairement recourir devant le conseil. Que fera-t-on si celui-ci persiste dans sa résolution première et refuse de nommer un autre tuteur ? Convoquera-t-on un autre conseil de famille ? Sur quel texte se baser pour le faire ? Et si le nouveau conseil, s'inspirant des mêmes préoccupations que le précédent, s'obstine dans la même résistance ! La tutelle va donc rester désorganisée au détriment des intérêts des mineurs qu'il faut cependant protéger. Le conflit sera insoluble. Une telle conséquence ne juge-t-elle pas le système qui y conduit et ne prouve-t-elle pas qu'il est inadmissible ? » (2).

(1) Le Tribunal de Rouen en a jugé ainsi le 27 juillet 1891 (S. 92.2.53), trouvant qu'il résulterait trop d'inconvénients « d'un recours devant le tribunal avec le bruit, la notoriété, peut-être même le scandale de la publicité de l'audience ».

(2) M. le Procureur général Baudoin (D. 1902, 1. p. 350), sous un arrêt de la Cour de Cassation, 23 juin 1902.

Mais les arguments du premier système n'en subsistent pas moins. M. Planiol, qui n'admet le recours qu'au cas de délibération non unanime, dit qu'une « telle délibération accuse souvent une divergence complète de vues dans le conseil qui peut s'être séparé en deux moitiés départagées par le juge de paix » (1).

« Lorsque le conseil de famille, dûment convoqué, conservera la tutelle à la mère, il lui donnera nécessairement pour co-tuteur le second mari qui deviendra solidairement responsable, avec sa femme, de la gestion postérieure au mariage (2). La loi a voulu ainsi protéger le mineur parce qu'elle présume que la femme échappera difficilement à l'influence ouverte ou occulte de son mari. Or, il eut été injuste, à l'égard de la femme de continuer à la rendre seule responsable de décisions qu'elle ne pouvait plus prendre librement ; à l'égard du mineur, il eut été dangereux de ne point le prémunir ou lui permettre de se défendre contre l'intervention possible de son parâtre, dans la gestion de la tutelle. »

Le mineur aura donc deux tuteurs astreints à tous les effets de la solidarité que la loi leur impose (3). L'hypothèque légale du mineur frappera également les biens de la mère tutrice et du co-tuteur ; ce dernier bien entendu n'est redevable sur ses biens que des

(1) T. I, n° 2559, 3°.

(2) Art. 396.

(3) Indistinctement, la mère tutrice ou le co-tuteur pour-

droits et créances postérieurs au mariage (1). Certains auteurs ont cependant soutenu que le régime matrimonial pouvait modifier, dans une large mesure, la part de responsabilité qui revient à chacun des époux dans la gestion de la tutelle. Sous le régime de la séparation de biens, la mère tutrice aurait, seule, l'entière administration de la tutelle (2) ; sous le régime de la communauté, ou avec clause que les époux se marient sans communauté, l'administration de la tutelle appartiendrait au co-tuteur en vertu de l'autorité maritale (3). Toutefois ce droit se limiterait aux actes de pure administration ; l'intervention de la tutrice redeviendrait nécessaire, à peine de nullité, dès qu'il s'agirait d'émanciper le mineur, d'emprunter sur ses biens, d'hypothéquer ou de vendre des immeubles, d'intervenir dans un partage ou de le provoquer, de recevoir et de placer des capitaux,

rait poursuivre un créancier de la tutelle ou payer, seul et valablement, la totalité d'une dette pupillaire (art. 1203 et 1204). Toute interruption de prescription accomplie par les créanciers à l'égard de l'un est valable à l'encontre de l'autre ; il en est de même de toute mise en demeure, de toute faute, de toute demande d'intérêts, de toute sommation, de tout appel de jugement de condamnation (articles : 1206, 1205, 1207, etc.).

(1) Art. 2121, § 3.

(2) « Dans ce cas, la mère tutrice remariée conserve l'entière administration de la tutelle... elle a le droit d'administrer seule la personne et les biens de la tutelle. » (Magnin I, n^{os} 458 et 459). — De même : de Fréminville, n^{os} 54 et 171.

(3) Art. 1428 et 1530.

d'accepter ou de répudier une succession. En raisonnant ainsi, on paraît admettre que la femme puisse être engagée personnellement par des actes que son mari passerait au nom du mineur, — ce qui ne peut se défendre parce que les faits d'administration matrimoniale n'engagent la femme que s'ils ont trait à son patrimoine personnel et non plus lorsqu'ils sont relatifs au patrimoine d'un tiers, tel que celui du mineur. Donc, pour les actes de disposition ou d'administration, l'intervention des deux époux est nécessaire ; pour les actes de pure administration qui se répètent fréquemment, comme la perception des revenus pupillaires, on admet que l'un ou l'autre puisse agir seul. On admet que la non opposition du conjoint qui n'intervient pas à l'acte, équivaut pour l'autre à une sorte de mandat tacite.

Pendant toute la durée de ce second mariage, cette double direction reste inhérente à la tutelle. Supprimer l'une, c'est faire cesser l'autre. Si la mère devenue infirme se fait décharger de ses fonctions de tutrice, le mari ne peut garder la tutelle, à moins que le conseil de famille ne procède à sa nomination nouvelle ; en ce cas, ce qui détermine le conseil de famille à choisir le second mari, ce n'est point sa qualité d'époux, mais l'aptitude qu'on lui reconnaît de pouvoir défendre, le mieux possible, l'intérêt des enfants. Si le co-tuteur allègue ses soixante-dix ans d'âge pour abandonner ses fonctions, la mère, tutrice légale, se voit forcée par la loi elle-même d'abdiquer toute responsabilité

juridique à l'égard des enfants de son premier mariage. Il en est de même, bien entendu, pour toutes les causes d'exclusion ou de destitution. Qu'il y ait condamnation à une peine afflictive et infamante (1), qu'il y ait inconduite notoire (2) de l'un ou l'autre des époux. Que dans la gestion de la tutelle, l'un d'eux fasse preuve d'incapacité ou d'infidélité (3), quelle que soit l'impeccabilité de l'autre conjoint, il ne pourra conserver ses fonctions, dès lors que soit le co-auteur, soit la tutrice, sera destitué.

Pendant la durée du mariage, la co-tutelle cesse logiquement et de droit, dès que le second mari pourvu d'un conseil judiciaire ou mis en interdiction cesse de pouvoir intervenir dangereusement dans la tutelle.

Si une séparation de corps intervient entre les époux, — avant 1893, on discutait pour savoir ce qu'il advenait alors de la tutelle, — la loi du 6 février 1893 semble trancher toute controverse, puisqu'elle fait recouvrer à la femme sa pleine capacité civile (4); il serait donc illogique que le mari continue de gérer le patrimoine pupillaire des enfants de sa femme, dès qu'il n'a plus l'administration des biens de cette dernière (5).

(1) Art. 443.

(2) Art. 444, 1°.

(3) Art. 444, 2°.

(4) Art. 3 de la Loi du 6 février 1893.

(5) Aubry et Rau. I § 99 *bis*. Note 41 *ter*, p. 643 et 644. —

Toutefois, si la séparation est prononcée aux torts de la femme, ces derniers pourront être assez graves pour que le conseil de famille prononce la destitution de la femme de ses fonctions de tutrice.

La mère tutrice qui se remarie omet-elle volontairement ou non, de convoquer le conseil de famille ? « elle perdra la tutelle de plein droit » (1) ; cette déchéance lui est infligée à titre de peine, sans que le conseil de famille ni les tribunaux aient à la prononcer. Mais tant que le conseil n'a pas statué sur son cas, la mère reste tenue de ses obligations de tutrice, les intérêts du mineur ne devant pas rester en souffrance : les différents actes conservatoires doivent donc être assurés par elle en ce qui concerne le patrimoine pupillaire (2). N'ayant plus qualité pour représenter le mineur, elle ne pourrait plus, au cours de cette période transitoire, contracter valablement pour le mineur, envers des tiers. Si la mère ne continue pas ses fonctions de tutrice jusqu'au moment où le conseil de famille aura procédé à son remplacement, si de la sorte elle lèse l'intérêt du mineur, elle sera responsable de son défaut de gestion.

« Son nouveau mari sera solidairement responsable

Chéneaux. IV, n° 342, p. 395 et 396. — Tribunal civil de Narbonne, 27 juin 1901. D. 01.2.410.

(1) Art. 395, 2° alinéa.

(2) Inscriptions hypothécaires (art. 2134) ; transcriptions d'un acte translatif de propriété (art. 1^{er} de la Loi du 23 mars 1855) ; interruption de prescription (art. 2244 et 2245).

de toutes les suites de la tutelle qu'elle aura indûment conservée » (1), c'est-à-dire qu'il se trouve engagé comme sa femme et avec sa femme, par les faits ou le défaut de gestion. Il y a controverse, dès qu'il s'agit de déterminer à partir de quel moment commence cette responsabilité. La majorité des auteurs (2) et la jurisprudence (3) affirment qu'en matière de tutelle la solidarité s'étendrait, pour le second mari, aussi bien à la gestion antérieure au mariage qu'à la gestion postérieure : co-tuteur de droit, il ne répond avec sa femme que de la gestion postérieure au mariage; co-tuteur de fait, il répondrait de toutes les suites de la tutelle » antérieure ou postérieure au mariage. Par ces conditions rigoureuses, la loi aurait voulu punir le second mari de ne s'être pas plié aux dispositions par elle édictées. C'est pour le second mari, l'équivalent pénal de la déchéance imposée à la mère tutrice qui se remarie sans avoir con-

(1) Art. 395 *in fine*.

(2) Bloechel, § II. — Delvincourt, I, p. 271. — Duranton, III, n° 426. — Duvergier sur Toullier, I, n° 1098, note *b*. — Marcadé, II, n° 187, p. 197. — De Fréminville, I, n° 50. — Magnin, I, n° 457. — Troplong : des hypothèques, II, art. 2121, n° 426, p. 71. — Valette sur Proudhon, II, p. 290, n° 7. — Zachariæ, § 121, texte et note 3. — Arntz, I, n° 95. — Huc, III, n° 275. — Vigie, I, n° 723. — Aubry et Rau, I, § 99 *bis*, texte et note 26, p. 638 et 639. — Chéneaux, IV, n° 345, p. 398.

(3) Poitiers, 28 décembre 1824, D. 25.2.94. S. 25.2.51. — Nîmes, 30 novembre 1831, S. 32.2.139. — Caen, 22 mars 1860, S. 60.2.610. J. G., suppl. V° minorité. — Dijon, 16 juin 1862, D. 62.2.146, S. 62.2.486. — Paris, 14 mars 1905, D. P. 1907, 2.23.

voqué le conseil de famille. D'ailleurs, ajoute-t-on, c'est là un principe admis, traditionnellement en droit romain (1) et dans notre ancien droit : « Si la mère tutrice de ses enfants convole en secondes noces, sans leur avoir fait nommer un tuteur, rendu compte de son administration et acquitté ou assuré ce qu'elle pouvait leur devoir, les biens de son second mari seront hypothéqués pour tout ce qui se trouvera leur être dû par le compte tant pour le passé que pour l'avenir » (2). D'après l'opinion adverse (3), le second mari co-tuteur de droit ou co-tuteur de fait n'est responsable que de « la gestion postérieure au mariage » (4). Les travaux préparatoires du Code prouvent que la théorie du droit romain et de notre ancien droit était abandonnée et que la responsabilité du second mari ne devait bien commencer « qu'à compter du jour du mariage » (5). Si, à cette expression,

(1) C. 8.15, *In quibus causis pignus...*, 6.

(2) Domat. *Lois civiles*, 1^{re} partie, liv. II, tit. I, n° 37.

De même : Ferrière, *Traité des tutelles*, 1^{re} partie, sect. III, n° 116; Pothier, *Traité de l'hypothèque*, chap. I, sect. I, art. 3.

(3) Massé et Vergé sur Zachariæ, I, § 229, note 3. — Ducaurroy, Bonnier et Roustain, I, n°s 594 et 595. — Demolombe, VII, n°s 126-127. — Demande et Colmet de Santerre, t. 3, n° 144 bis, IV.

Laurent, IV, n° 389. — Planiol, I, n° 2590.

(4) Art. 396.

(5) Fenet, X, p. 572. — Locré, VII, p. 173.

Berlier consacra le même système lorsque, dans la séance du Conseil d'Etat du 6 Brumaire an X, il présenta une nouvelle rédaction en ces termes : « Si la mère tutrice veut se

le Conseil d'Etat a substitué les mots « toutes les suites de la tutelle », c'est pour bien préciser que le second mari ne répondrait pas seulement de son intervention effective dans la gestion de la tutelle, postérieure au mariage, mais encore de la non-intervention dont il se rendrait complice avec sa femme.

Lorsque le conseil de famille n'a pas été convoqué avant le second mariage, les biens de la mère tutrice restent frappés de l'hypothèque légale du pupille. Certains auteurs (1) disent que les biens du mari en seraient affranchis, parce qu'il n'est pas tuteur. Le plus grand nombre opte pour l'existence de cette hypothèque (2) conforme au principe de responsabilité solidaire qui pèse sur la femme et le second mari et indispensable à la garantie des intérêts du mineur. D'après les principes et en bonne logique, on ne peut donc admettre que la faute commise par la mère prive le mineur de ce recours possible contre son parâtre.

remarier, elle devra avant l'acte de mariage, convoquer le conseil de famille qui décidera si la tutelle doit lui être conservée. A défaut de cette convocation, elle perdra la tutelle de plein droit, et son nouveau mari sera solidairement responsable de l'indue gestion qui aura eu lieu depuis le nouveau mariage. » (Art. 8, c'est-à-dire art. 395.)

(1) Marcadé, II, n° 187, p. 197. — Delvincourt, I, p. 271. — Duranton, III, n° 426. — Valette sur Proudhon, II, p. 290, note 7. — Zachariæ, § 121, texte et note 4. — Laurent, XXX, n° 264.

(2) Troplong, II, n° 426, p. 69 et 70. — Taulier, VII, p. 287.

Dès que le conseil de famille procédera à la nomination d'un nouveau tuteur, la mère qui vient de perdre l'exercice de la tutelle légale pourra-t-elle cependant être choisie comme tutrice par le conseil de famille? Sans doute, car, en ce cas, il n'y a que perte et non exclusion ou destitution des fonctions de tutrice; l'irrégularité de forme qui a été commise par la mère n'implique nullement qu'elle ni son mari soient indignes de la tutelle. Doctrine et jurisprudence s'accordent sur ce point (1).

La réintégration de la mère aux fonctions de la tutelle ne fait pas disparaître la nullité des actes accomplis par la femme pendant la période où, légalement, elle cesse de pouvoir gérer la tutelle (2).

Magnin I, n° 457. — De Fréminville, I, n° 51. — Demolombe, VII, n° 128. — Baudry-Lacantinerie et de Loynes, II, n° 1187. — Aubry et Rau III, § 264 *bis*, texte et note 14, p. 360 et 361. — Planiol, I, n° 2591. — Chéneaux, IV, n° 345, p. 400. — Colmar, 26 novembre 1833, S. 34.2.231. — Cassation, 14 décembre 1836, S. 37.188. — Req., 27 juin 1877, S. 79.155. — D. 78.1.412. — C'était déjà ce que Pothier disait : *Traité de l'hypothèque*, chap. 1, sect. 1, art. III.

(1) Cubain, n° 76. — Delvincourt, I, p. 271. — Duranton, III, n° 427 et 511. — De Fréminville, I, n° 56 et 170. — Demolombe, VII, n° 130. — Laurent, IV, n° 392. — Huc, III, n° 276. — Aubry et Rau, I, § 99 bis, texte et note 33, p. 640. — Planiol, n° 2579. — Chéneaux, IV, n° 346, p. 401.

Pau, 30 juillet 1807, S. 07.2.378. — Metz, 20 avril 1820, S. 21.2.339. — Paris, 24 juin 1856, S. 56.2.527, D. 57.2.10. — Paris, 19 novembre 1887, D. 88.2.176, S. 88.2.29. — Rennes, 21 juillet 1890, D. 91.2.162, S. 91.2.20.

(2) Dalloz, supplément, Rép., V° minorité, n° 115.

Donc, en cas de remariage de la mère tutrice, l'intervention du conseil de famille et de la co-tutelle du second mari lui sont, de droit, imposées pour la sauvegarde des intérêts du mineur.

§ 2. — *De l'ascendante tutrice.*

Lorsque le père et la mère d'un mineur sont tous deux décédés, le Code civil appelle les ascendants à la tutelle. Leur affection pour l'orphelin, accrue encore par la tendre mémoire qu'ils gardent à leur enfant disparu, les désigne tout naturellement pour cette mission. Mais si la loi présume égale l'affection qu'ascendants et aïeules portent à leur descendance, elle est loin d'en conclure, de part et d'autre à des droits égaux.

Le régime si différent qu'elle institue pour les ascendantes accuse plus profondément encore que la différenciation faite pour la tutelle du parent survivant, la réserve défiante et la répugnance avec lesquelles la loi enfreint son privilège de masculinité en matière de tutelle. Tandis qu'elle confère aux ascendants la tutelle légale du mineur (1), elle n'accorde aux aïeules que la possibilité d'une tutelle dative : les ascendantes peuvent être nommées tutrices, soit par le dernier mourant des pères et mères, soit par le conseil de famille (2).

(1) Art. 402.

(2) Art. 442-3°.

La loi ne leur accorde pas formellement comme à la mère la faculté de se récuser. Faute de texte, parce que la tutelle est obligatoire et parce que la liste des excuses légales est limitative, les ascendantes ne devraient pas pouvoir, en raison de leur sexe, se faire excuser péremptoirement de la tutelle. En général, on admet cependant l'opinion contraire.

Si l'ascendante est mariée ou remariée, son mari sera-t-il le co-tuteur ? Les mêmes raisons de fait invoquées pour le remariage de la mère valent également à l'égard de l'ascendante mariée ou remariée. Nul texte n'envisage une telle hypothèse, mais son analogie avec celui de la mère tutrice est assez frappante pour qu'on n'hésite pas à conclure qu'il y a bien lieu d'organiser également la co-tutelle (1).

Les ascendantes peuvent être nommées subrogées-tutrices et, comme la mère ne se peuvent faire excuser de ces fonctions.

Donc, alors même que le Code déroge en faveur de la mère ou de l'aïeule, à son principe de l'incapa-

(1) Demolombe, t. VII, n° 472, p. 283. — « Les rédacteurs (du Code) n'ont prévu, très vraisemblablement, qu'une seule hypothèse où une femme mariée serait tutrice ; c'est celle de l'article 396 ; et voilà sans doute pourquoi ils ne s'en sont expliqués que dans cet article. Mais si on admet que dans une autre hypothèse encore, une femme mariée pourra être nommée tutrice, il nous semble qu'il faudrait par une évidente analogie de motifs et sous peine de contradiction, appliquer aussi à cette autre hypothèse la disposition de l'article 396 qui exige que le mari soit co-tuteur. »

citée des femmes aux fonctions de la tutelle, — on constate combien il est loin de leur conférer une capacité aussi large que celle qu'il accorde à cet égard à n'importe quel homme.

SECTION II

TUTELLE D'UN ENFANT NATUREL.

Dès sa naissance, et même du vivant de ses père et mère qui l'auraient reconnu, l'enfant naturel est en tutelle ; ainsi le décide la loi du 2 juillet 1907 (1). Jusqu'alors la situation faite à l'enfant naturel était des plus incertaine ; les décisions de jurisprudence s'efforçaient d'y remédier en lui appliquant, tant bien que mal, les textes relatifs à l'enfant légitime ; malgré tout, la protection des enfants naturels demeurait insuffisante. Or « l'enfant naturel a besoin de plus de protection que les autres parce qu'il est entré dans la vie un peu comme un déshérité. Il lui manque ce qu'ont les autres, un cercle de famille. Pour toute famille, il n'a que sa mère, quelquefois son père : c'est la famille réduite au foyer domestique, sans les traditions, les préjugés quelquefois, — mais les préjugés sont une force sociale, — qui font de la famille agrandie un abri et une protection vraiment tutélaire.

(1) Art. 389, al. 2.

res » (1). Aussi, pour suppléer à cet entour familial qui est, en bien des cas, trop parcimonieusement accordé à l'enfant naturel, — qui lui est en maint autres refusé, — la loi a-t-elle décidé, qu'à son égard, il y aurait toujours lieu d'organiser la tutelle.

Du vivant de ses parents, l'enfant naturel sera sous la tutelle légale de celui des deux qui l'aura tout d'abord reconnu.

Le parent tuteur légal de son enfant naturel peut lui désigner un tuteur testamentaire ; s'il n'use pas de ce droit, c'est le tribunal (et non plus le conseil de famille) (2), qui nommera un tuteur à l'orphelin ; il en serait de même, du vivant des parents dans l'hypothèse où l'enfant naturel n'aurait pas été reconnu.

Le tuteur désigné par le tribunal peut être une femme : non plus seulement la mère, non pas seulement la femme qui serait l'ascendante de l'enfant naturel si le Code lui reconnaissait une famille (3), — mais toute femme (4) que le tribunal juge capable de protéger efficacement les intérêts moraux et pécuniaires de l'enfant naturel. Le législateur de 1907 re-

(1) R. Saleilles. *Bulletin de la Société d'études législatives*, p. 190, année 1903.

(2) Art. 389, al. 3. « Les fonctions dévolues au Conseil de famille des enfants légitimes sont remplies à l'égard des enfants naturels par le tribunal... »

(3) Art. 389, al. 4... « A l'exception des articles... 402 à 416, toutes les dispositions du présent titre sont applicables à la tutelle des enfants naturels mineurs... »

(4) Art. 442, 3°.

leva la femme de son incapacité en matière de tutelle, afin que toute affection, toute bonne volonté, même féminine, pût s'employer en faveur des enfants naturels (1).

Or, si une telle dérogation au rigide principe de l'incapacité est déjà remarquable, l'absence de dérogation à cette dérogation même l'est bien davantage encore. La femme nommée tutrice d'un enfant naturel, la mère elle-même, ne peut se récuser qu'en alléguant les seules causes d'excuses de droit commun (2).

La loi de 1907 n'envisage point l'hypothèse où la tutrice serait en puissance de mari (dans le cas de la mère naturelle si le mari n'était pas le père naturel de l'enfant) — ou bien à la veille de se marier ou de se remarier. Comme la mère légitime, la tutrice légale ou dative d'un enfant naturel qui serait mariée ou sur le point de le faire, sera-t-elle obligée, dans tous les cas d'avoir son mari pour co-tuteur ? lui serait-il indispensable pour rester en fonctions, d'obtenir, avant l'acte de mariage l'autorisation du tribunal ? Bien des

(1) « Par hypothèse, les enfants naturels n'ont pas de famille; sans père et mère vivants ou connus, ils n'ont pas d'amis. D'où la nécessité d'élargir, autant que possible, le cercle des bonnes volontés auxquelles on peut faire appel pour accepter le fardeau tutélaire. » (Rapport de M. Ambroise Colin. *Bulletin de la Société d'études législatives*, annés 1901-1902, p. 570.

(2) Voy. page 5, note 1.

auteurs répondent affirmativement à ces deux questions parce qu'à l'égard de la mère naturelle, la loi se déclare formellement en ce sens (1) — parce que pour toute autre tutricé d'un enfant naturel, il y a lieu de raisonner comme dans le cas des ascendantes tutrices d'enfants légitimes (2). D'autres auteurs (3) soutiennent qu'au point de vue juridique, nulle formalité complémentaire : autorisation maritale, autorisation préalable du conseil de famille, co-tutelle du mari ne s'impose à la tutrice mariée ou qui se marie au cours de la tutelle, en raison même du caractère obligatoire d'une telle charge. Nous avons appris, — grâce à la précieuse collaboration qui nous a été offerte, — que depuis la mise en vigueur de la loi de 1907, les tribunaux n'ont pas eu à trancher de contestations sur ce point.

Donc, en matière de tutelle, les vues du législateur de 1907 sont bien différentes de celle du législateur de 1804. Or, l'isolement familial et social des enfants naturels ne suffit point, à lui seul, pour justifier le contraste si grand qui existe entre l'organisation de la tutelle qui les concerne, d'une part et celle des enfants légitimes d'autre part. La loi de 1907 est la première consécration du principe de la haute tutelle d'Etat et

(1) Art. 395.

(2) V. p. 18.

(3) Baudry-Lacantinerie, T. V, p. 1173; *Les lois nouvelles*, année 1908. — G. Cluzel.

de l'aptitude des femmes aux fonctions de la tutelle tandis que le Code de 1804 suit une longue tradition en faisant de la tutelle un devoir essentiellement familial et masculin.

SECTION III

POURQUOI LE CODE EXCLUT LES FEMMES DES FONCTIONS DE LA TUTELLE.

De quelle nature est donc le droit et l'exercice de tutelle pour qu'il soit refusé à la femme qui jouit de tous les droits civils ? (1).

Durant toute l'antiquité, on définit la tutelle : charge publique et comme telle office viril (2). C'est là une des conséquences de l'organisation de la famille ; elle apparaissait comme une sorte de petit Etat : la femme considérée en tout comme une incapable n'aurait pas été apte à en représenter non plus qu'à en défendre les intérêts.

Pendant tout le moyen âge, pour des raisons analogues, bien que tempérées par l'influence du christianisme, la tutelle reste *officium virile* (3).

(1) Articles 7 et 8 du Code civil.

(2) Gaius, D. 26. I de tutelis, 16, pr. ; C. 5. 55. *Quando mulier tutelæ officio fungi potest*. I ; Ulpien XI, I ; Gaius, I, 144 et 190 ; Novelli 118 cap. 5, *in fine*.

(3) Ferrière, *Dictionnaire de droit et de pratique* ; V° Femme : « *quia tutela quasi publicum et virile munus est* »...

A la veille de la rédaction du Code, Pothier, alors qu'il expose le droit des pays coutumiers, dit aussi que la tutelle est une charge publique: toute tutelle y est, en effet, dative, et conférée par l'autorité publique, que représentent les tribunaux (1).

Même après 1804, des auteurs définissent la tutelle: une institution de droit public (2).

S'il est exact de dire que la tutelle ayant pour objet de veiller sur la personne et les intérêts du mineur, est, par cela même, d'ordre public (3), il n'en reste pas moins vrai que la conception surannée du *munus publicum* ne se peut plus soutenir. La jurisprudence elle-même en a fait justice, puisqu'elle admet qu'un étranger puisse être tuteur, en France, de ses enfants français (4). Les dispositions du Code le prouvent encore, puisqu'elles permettent au tuteur

(1) Pothier. *Traité des personnes*, tit. VI, sect. IV.

(2) Demolombe. *Cours de Code civil*, tome VII, n° 30, p. 13. — Aubry et Rau, 5^e édit., tome I, § 89 1^o, p. 589. — Huc, t. III, n° 255, p. 260. — Vigié, tome I, n° 679.

(3) « De ce que la tutelle est une institution de droit privé, il ne faut pas conclure que les règles qui s'y rapportent n'intéressent pas l'ordre public. Une règle de droit peut avoir été édictée en vue d'assurer la protection d'intérêts privés et constituer cependant une règle d'ordre public. Tel est précisément le caractère des lois relatives à la tutelle. La tutelle, organisée dans le but de défendre des personnes incapables est une institution d'ordre public. Ses règles sont dès lors au-dessus des volontés particulières. » (Baudry-Lacantinerie. *Traité de droit civil*, 3^e édit., tome V, n° 309, p. 386.)

(4) Cassation, 16 février 1875 (Sirey 1875, 1.193) ; Paris, 21 août 1879 ; 2 déc. 1882 (*Le Droit*, 6 déc. 1882).

de s'excuser lorsqu'il remplit des fonctions publiques déterminées par la loi (1); dès 1804, Leroy, dans son discours au Tribunat justifia cette excuse en disant que le service de l'Etat doit l'emporter sur les obligations de la tutelle déferées au nom de l'intérêt particulier (2).

On convenait ainsi que la tutelle est une institution de pur droit privé (3), une charge civile (4), ou, mieux encore, un véritable droit de famille (5). Quelle est, en effet, la fonction juridique du tuteur, si ce n'est de prendre soin de l'incapable et d'administrer ses biens ?

Puisque la tutelle est, sans conteste, tenue pour un droit civil, puisque les femmes ont la jouissance de tels droits, il y a lieu de s'étonner que le Code ait maintenu à leur égard l'incapacité de l'article 442.

Cependant, les législateurs de 1904 ne craignirent pas de citer les femmes en tant qu'incapables, parmi :

Les mineurs et les fous (6).

(1) Art. 427.

(2) Leroy, *Discours* n° 22. Locré, tome 7, p. 429.

(3) Planiol. *Traité élémentaire de Droit civil*, t. I, n° 2508. — Baudry-Lacantinerie, tome V, n° 307, p. 383.

(4) Laurent. *Principes de Droit civil*, 3^e édit., tome IV, n° 364. — Ch. Turgeon. *Le féminisme français*, tome II, p. 10.

(5) M. Meynial. Rapport sur les droits de la femme dans la famille. (*Bulletin de la Société d'Etudes législatives*, 1908, p. 307.

(6) Art. 442 (1 et 2°).

Les condamnés à une peine afflictive et infamante (1) ;

Les gens d'une conduite notoire, incapables ou infidèles (2).

« L'assimilation des femmes à des interdits et à des mineurs suffit à montrer que nous nous trouvons encore ici en présence de l'idée d'infériorité intellectuelle et civile, du principe de l'*imbecillitas sexus* chère à nos vieux romanistes (3). »

Or, quelle antinomie de souscrire à la fois au principe de la capacité juridique et à celui de l'*imbecillitas sexus* des femmes ! Sur ce point encore, l'influence traditionaliste est manifeste, elle met le législateur en contradiction flagrante avec les principes par lui logiquement déduits.

Pour marquer mieux encore l'incohérence des solutions admises, supposons que se justifie, en matière de tutelle, la croyance persistante à l'*imbecillitas sexus* des femmes. En bonne logique, l'incapacité qui en découle devrait être absolue ; Treilhard et Cambacérès (4) en firent l'observation : il y fut passé outre. Jusque sur le chapitre des exceptions, la tradition triompha de la logique. Présomption et capacité ex-

(1) Art. 443.

(2) Art. 444.

(3) *Proposition de loi* de M. Réville, Chambre 1905, année 2314.

(4) Locré, VIII, p. 177.

ceptionnellement admises, dès avant Justinien (1), persistèrent en faveur des mères et des aïeules (2).

Pour quelle raison, de temps immémorial un régime de faveur a-t-il été institué à l'égard des mères et des aïeules ? A Rome pourquoi leur est-il permis de se mêler à la vie publique, en exerçant le *munus publicum* qu'est la tutelle ? Comment un bien de parenté supplée-t-il à l'infériorité du sexe ? Dans notre Ancien Droit (3), avivées encore par le christianisme, même préoccupations de sauvegarder « la modestie et la

(1) Pour la première fois, en 390, la mère put légalement obtenir la tutelle de ses enfants : elle doit la demander au magistrat, car il y a là pour elle une faveur, non un droit ; le magistrat ne confirme semblable demande qu'à la condition qu'il n'y ait aucun tuteur testamentaire ou légitime ; que la mère ait atteint l'âge de 25 ans ; enfin qu'elle ait juré *apud acta* de ne pas se remarier. (Constitution de 390, rendue à Milan, par les empereurs Valentinien II, Théodore I et Arcadius, C. 5. 35, *quando mulier tutelæ officio fungi potest*, 2 nouvelle 118, cap. 5, *in fine*.)

De plein droit, en 543, la mère est admise à la tutelle ainsi que les aïeules : la Nouvelle 118, leur impose à cet effet : l'engagement de ne pas se remarier et la renonciation au S. C. Velleien.

(2) Il en est de même dans l'ancien droit français. — Pothier. *Traité des personnes*, tit. VI, section IV, art. 1^{er}, § 2. — Ferrière. *Dictionnaire de droit et de pratique*, V^o Femmes : *Traité des tutelles*, 1^{re} partie, section III, n^o LXXV, VI.

(3) Domat (*Les lois civiles*, liv. I, titre I, section VII, § 3).

Demolombe (*op. cit.*, t. VII, n^o 470). « La loi... n'a pas cru qu'il convint d'enlever la femme... à cette réserve d'habitudes que son sexe lui commande, pour la charger d'une mission presque publique. » (1850).

décence » féminines, en éloignant la femme « des contacts et des compromissions de la vie extérieure » (1). Cependant mêmes exceptions en faveur des mères et des aïeules. «

Alors, comme maintenant, on justifiait l'exception en disant que l'inexpérience des mères et des aïeules est suppléée par leur affection pour le mineur.

Le motif invoqué ainsi est d'un poids considérable, car, en toutes ces époques de l'histoire, l'intérêt pécuniaire domine la matière de la tutelle. Donc, regardée comme inapte à gérer ses propres intérêts, la femme se voyait relevée de son incapacité par le seul fait de la maternité. Fille, épouse ou veuve, la loi les ignorait ou mettait en des lisières minutieuses et strictes leur inexpérience : mères, et les circonstances donnant lieu à la tutelle, on confiait à ces incapables de la veille, le patrimoine de leur enfant. Depuis 1804, la dérogation admise en faveur des mères et des aïeules ne revêt plus cet aspect de brusque métamorphose, puisqu'en général le Code reconnaît la femme pour un être juridique; lorsqu'exceptionnellement, l'administration du patrimoine d'un incapable advient à une mère ou une aïeule, celles-ci peuvent y être préparées, grâce à une longue pratique et une expérience avisée, acquises par la gestion de leurs propres affaires. Tel serait le cas d'une aïeule

(1) Ch. Turgeon. *Le féminisme français*, t. II, p. 10.

veuve depuis la majorité de ses enfants et administrant par elle-même des intérêts patrimoniaux considérables ; tel encore celui de la mère qui, longtemps avant son veuvage, eut assumé, sans la collaboration de son mari, ni aide d'aucune sorte, la direction d'affaires commerciales importantes (1).

Puisque c'est sous l'influence de traditions aussi desuètes que celles du *munus publicum* et de l'*imbecillitas sexus* que le Code persiste à exclure les femmes de la tutelle (2), que non moins par tradition

(1) « Dans les habitudes d'une partie de notre bourgeoisie, les femmes, peu absorbées par les soins de la maternité, prennent une part importante à la gestion du commerce ou de l'industrie, objet principal de l'activité de la famille. On les voit intervenir avec succès dans les intérêts du dehors, conclure des achats ou des ventes, engager des ouvriers, conduire des travaux, soutenir des discussions d'affaires et des procès. Cette intervention qui met souvent en lumière la finesse et l'habileté des femmes... »

Le Play. *La Réforme sociale en France*, 1874.

« On connaissait, au temps où fut élaboré le code, la femme commerçante et pour elles le législateur avait stipulé des dispositions spéciales. Ces femmes sérieuses, énergiques et actives, ces « maîtresses-femmes » comme on les nomme encore, n'ont pas disparu : au contraire, elles se multiplient par la nécessité de vivre, les difficultés du mariage, le développement intellectuel de la femme, son accession à des professions qui demeuraient jusque là le privilège des hommes : depuis la femme avocat ou médecin, la femme professeur, agrégée ou licenciée, jusqu'à l'institutrice, jusqu'à la femme employée de grand magasin, employée des postes, télégraphes, téléphones. »

Albert Sorel, *Livre du Centenaire*, p. XLIII.

(2) « Ce qui nous a frappés... quand nous avons abordé la

mères et aïeules y furent, lorsqu'il avait intérêt à le faire, exceptionnellement admises, on ne voit point de motif juridique au maintien de l'incapacité des femmes en matière de tutelle (1).

Les mœurs, comme la tradition juridique suivies jusqu'à nos jours, prouvent donc que la seule puissance de l'affection suffisait à relever les mères et les aïeules d'une incapacité aussi pleinement absolue que celle d'autrefois. Rationnellement, il semblait que ce fut là un défi au bon sens ; en fait, on jugeait que l'intérêt de la tutelle primait toute considération et on s'en remettait à tous ceux qu'on présumait assez forts du soin de la défendre. Avec le progrès, cette préoccupation doit toujours aller en s'élargissant.

Il fallut plus de cent ans pour que la logique triomphât de la tradition. Encore cette accession des femmes aux fonctions de la tutelle n'est-elle admise que

question du droit à la tutelle de la femme célibataire, c'est cette idée toute simple que la femme célibataire est pleinement capable, maîtresse de ses biens ! Pourquoi donc ne lui permettrait-on pas d'être tutrice ? A quoi peut bien rimer cette incapacité ? N'est-ce pas une véritable survivance, une conséquence d'une antique conception de la tutelle, *munus publicum*, qui a cessé d'être vraie ? »

M. Larnau. *Bulletin de la Société d'Etudes législatives*, 1908, p. 326.

(1) « Toute législation codifiée ne répond aux exigences de la vie sociale pour laquelle elle est faite, qu'au moment où elle est établie. »

R. Saleilles. *Introduction à l'étude du droit civil allemand*, 1904, p. 89.

dans le cas où il s'agit de la protection d'enfants naturels.

Si une telle réforme est nécessaire à la bonne organisation de la tutelle des enfants naturels, si elle semble moins impérieuse en ce qui concerne la tutelle des enfants légitimes, ce n'est pas une raison suffisante pour la réaliser à l'égard des uns, et la déclarer superflue à l'encontre des autres. Puisque des raisons pratiques ont fait plier, en faveur des enfants naturels, le rigide principe de l'incapacité des femmes, il serait logique et juste qu'il en fût de même pour la tutelle des enfants légitimes. Or, il y aurait injustice si la loi n'élargissait (1) pas la protection qu'elle accorde aux orphelins dans la même mesure qu'elle le fit en 1907, pour les enfant naturels: il y aurait illogisme, par exemple, à ce qu'une « tante » qui contribue si souvent à élever ses neveux et nièces, ne puisse être tutrice des petits qui se sont habitués à la

(1) « En tant qu'elle s'applique aux femmes, cette incapacité « (de l'art. 442) » est à la fois injuste et regrettable: on ne comprendra jamais qu'une tante ou une sœur aînée qui sont peut-être dans tel cas donné, les seuls protecteurs d'un enfant, les seuls capables de l'aimer, ne puissent éter tutrice, ni membre d'un Conseil de famille et qu'on soit réduit à faire appel au concours d'étrangers ou d'indifférents. La loi du 2 juillet 1907 efface cette exclusion en ce qui concerne la tutelle des enfants naturels, il n'y a aucune raison de la maintenir quand il s'agit de la tutelle des enfants légitimes. » (Joseph Charmont, *Le mouvement social contemporain. — Les transformations du droit civil.*)

regarder comme une seconde mère » (1), se voit forcée d'accepter, hors de la famille, la tutelle d'enfants qu'elle affectionne, mais pour lesquels elle n'aura point payé autant de sa personne.

Si l'entour familial et social qui existe le plus souvent autour de l'enfant légitime lui donne de sérieuses garanties de protection, il n'en faut cependant négliger aucune. Plus que tout autre, l'enfant douloureusement esseulé par la perte de ses tuteurs naturels a besoin de sollicitude, non seulement effective et dévouée, mais encore la plus affectueuse dont il puisse être l'objet. L'accession des femmes aux fonctions de la tutelle permettrait d'étendre cette protection.

(1) Turgeon, *op. cit.*

CHAPITRE II

LÉGISLATIONS ÉTRANGÈRES

D'autres législations que la nôtre auraient-elles réalisé pleinement ce progrès ?

Pour répondre à cette question, il serait oiseux de remonter le cours de l'histoire, puisqu'en aucune période de l'histoire et jusqu'en 1804, le législateur, fidèle à la tradition, ne voulut point admettre les femmes aux fonctions de la tutelle.

De même, il serait inutile d'étudier les législations contemporaines de notre Code qui adoptent les mêmes solutions traditionnelles, qu'elles procèdent ou non de ce Code (1).

Par contre, l'examen de codifications à l'esprit plus moderne peut servir utilement notre cause. Le Code civil italien, promulgué en 1865, ne marque qu'un bien faible progrès : il ne fléchit l'incapacité générale

(1) L'art. 442 du Code civil français est encore en vigueur : en Belgique et dans la principauté de Monaco.

Les femmes autres que la mère ne peuvent être tutrices : d'après le Code civil hollandais (art. 436, 3°) ; d'après le Code civil autrichien (art. 192).

des femmes en matière de tutelle, qu'en faveur des sœurs germaines non mariées (1).

Cette disposition fut reprise par Laurent dans l'avant-projet de revision du Code civil belge (2).

Il faut attendre, jusqu'en 1896, le Code civil allemand pour voir le législateur, — décidé à élargir la protection due au mineur, — admettre les femmes aux fonctions de la tutelle (3). Cependant, le législateur allemand, de même que le législateur français et italien, garde pour les femmes la faculté légale et traditionnelle de décliner la tutelle (4). Il impose au

(1) Art. 268-1°.

(2) Art. 427, § 2. Dans la note 3 placée sous cet article, Laurent justifie l'exception prise en faveur des sœurs germaines, en disant : « A défaut d'ascendantes, la sœur germaine est la plus proche parente du mineur ; à ce titre, il convient de l'habiliter aussi bien que les ascendantes. L'avant-projet ajoute les sœurs non mariées ; si elles sont mariées, le mari serait de fait tuteur ; il est allié, et, comme tel, il peut être nommé tuteur et faire partie du Conseil de famille ; dès lors, il serait inutile d'y appeler la femme. »

(3) Les femmes ne figurent plus parmi les incapables (articles 1780 et 1781 et, par conséquent, peuvent être appelées à la tutelle ainsi que le prouvent l'art. 1783, qui dit qu'une femme mariée n'est nommée tutrice qu'avec l'assentiment de son mari, et l'art. 1786 : « peuvent refuser la délation de la tutelle : 1° les femmes, 2°..... ».

Ni l'art. 1865, qui parle des incapacités d'être nommé membre du Conseil de famille, ni l'art. 1866 qui parle des empêchements, ne comprennent les femmes qui pourront donc faire partie du Conseil de famille dans le cas où il y en aura un.

(4) Art. 1786-1°.

père comme à la mère légitime du pupille installés comme tuteurs et qui veulent se remarier (1), certaines formalités : l'un comme l'autre doit faire connaître son projet de mariage au tribunal des tutelles, faire inventaire à ses frais du patrimoine soumis à son administration, si ce patrimoine est indivis entre lui et l'enfant provoquer la licitation (2) ; l'un comme l'autre « n'est autorisé à contracter mariage qu'après que le tribunal des tutelles lui a délivré un certificat attestant qu'il a rempli » ces diverses formalités (3). Tandis que le second mariage du père laisse intacte sa puissance paternelle, « la mère qui contracte un nouveau mariage perd la puissance paternelle » (4). Toute femme installée comme tutrice et qui se remarie peut être relevée de fonction par le tribunal des tutelles; elle *doit* l'être « lorsque son mari refuse son consentement à l'acceptation ou au maintien de la tutelle ou révoque son consentement. Cette prescription n'est pas applicable lorsque le mari est le père du pupille » (5).

(1) Art. 1845. « Par exemple, si le père ou la mère est investi de la tutelle de l'enfant adopté, ou si la mère veuve ou divorcée pour la seconde fois est tutrice de l'enfant de son premier mariage. »

(2) Art. 1669.

(3) Art. 1314.

(4) Art. 1697.

(5) Art. 1786 et art. 1787. « Par exemple, au cas où le père a abusé de la puissance paternelle, et que la mère a été nommée tutrice. Si l'enfant est légitimé par mariage subséquent,

Le Code civil suisse du 10 décembre 1907 admet aussi les femmes aux fonctions de la tutelle (1) sans la leur rendre obligatoire (2). Cependant, au Code suisse, l'excuse du sexe ne figure plus, — à la différence du Code civil allemand — dans la liste des causes d'excuses pouvant être invoquées pour se faire dispenser de la tutelle (3) ; sans doute, il n'y a là qu'une bien faible nuance, mais elle a une valeur significative, au point de vue de l'évolution du principe que nous étudions.

Il est à remarquer qu'en ces deux codifications récentes, le principe de la haute tutelle est pleinement admis, alors que la haute tutelle familiale ne s'y trouve plus organisée qu'à titre exceptionnel. En Suisse, comme en Allemagne, cette haute tutelle comporte deux organes essentiels : un organe de contrôle et de surveillance qui s'étend à tous les intérêts du mineur et un organe d'information qui renseigne le juge des tutelles sur les mesures à prendre pour les défendre efficacement.

D'après le Code civil suisse « les autorités de tutelle sont l'autorité tutélaire et l'autorité de surveillance. Elles sont désignées par les cantons qui, si l'autorité de surveillance comprend deux instances, règlent les

l'article 1887 ne s'applique pas puisque la tutelle cesse en vertu de l'article 1883. »

(1) Art. 379.

(2) Art. 382.

(3) Art. 383.

compétences de chacune d'elles » (1). « L'alinéa 2 de l'article 395 signale que chacune de ces autorités est tenue de dénoncer à l'autorité tutélaire les cas de tutelle qui parviennent à sa connaissance à raison de ses fonctions; ainsi l'officier de l'état civil, lors du décès ou du nouveau mariage de la mère survivante, le tribunal lorsqu'il prononce le divorce sans confier les enfants à l'un des époux, l'autorité administrative lorsqu'elle déclare les parents déchus de la puissance paternelle » (2). La tutelle peut être remise exceptionnellement à la famille lorsque l'intérêt du pupille justifie cette mesure, notamment pour la continuation d'une industrie ou d'une société. Les droits, les devoirs et la responsabilité de l'autorité tutélaire passent alors à un conseil de famille » (3). « La tutelle privée peut être révoquée en tout temps par l'autorité de surveillance, si le conseil de famille ne remplit pas ses devoirs ou si l'intérêt du pupille l'exige » (4).

Le Code civil allemand édicte des mesures identiques; avec la « coopération du conseil communal des orphelins » il remet toute tutelle à la « sollicitude » et à la « surveillance du tribunal des tutelles » (5). « Le Conseil communal des orphelins doit

(1) Art. 361.

(2) Exposé des motifs, titre X, chap. I.

(3) Art. 362.

(4) Art. 366.

(5) § IV et § III du titre I, section III, livre IV.

proposer au tribunal des tutelles les personnes qui, dans chaque cas particulier, sont aptes à être tuteur, subrogé-tuteur ou membre d'un conseil de famille (1) ; il doit assister le tribunal des tutelles en veillant à ce que les tuteurs du pupille qui résident dans son ressort prennent soin, comme ils en ont le devoir, de la personne des pupilles, en particulier de leur éducation et de leur développement physique. Il doit signaler au tribunal des tutelles les lacunes et manquements au devoir qu'il observe sous ce rapport... Si le conseil communal des orphelins a connaissance de la mise en péril du patrimoine d'un pupille, il doit en donner avis au tribunal des tutelles (2). Le tribunal des tutelles doit faire part au conseil communal des orphelins de l'organisation de la tutelle de tout pupille résidant dans son ressort avec désignation du tuteur et du subrogé-tuteur, ainsi que de tout changement survenu en la personne du tuteur ou du subrogé-tuteur. Lorsque la résidence d'un pupille est transférée dans le ressort d'un autre conseil communal des orphelins, le tuteur doit faire part de ce transfert au conseil communal des orphelins du lieu de l'ancienne résidence, et celui-ci doit en faire part au conseil communal des orphelins du lieu de la nouvelle résidence » (3).

(1) Art. 1849.

(2) Art. 1850.

(3) Art. 1851.

Ce principe de la haute tutelle d'Etat, si complètement ignoré du législateur de 1804, a cependant pénétré dans le Code civil avec la loi du 2 juillet 1907, mais nombre de jurisconsultes (1) et de parlementaires (2) en voudraient faire une application plus vaste et proposent l'organisation, en France, des conseils de tutelle. Ces conseils existeraient dans chaque arrondissement et auraient, au besoin, des sections cantonales; ils seraient présidés par un juge de carrière; celui-ci en désignerait les membres autres que : maires, directeurs d'écoles, membres de sociétés de patronage, ou de protection de l'enfance, ou des comités de défense des enfants traduits en justice que la loi y appellerait de droit et sans distinction de sexe.

(1) *Bulletin de la Société d'Etudes législatives* : rapport de M. A. Colin, année 1902, p. 572.

Ibid. Rapport de R. Saleilles, année 1913.

(2) Propositions de loi relative à l'établissement des conseils de tutelle : M. d'Estournelles de Constant. Sénat, n° 326, 1911. — M. Beauquier. Chambres des députés, n° 301, 1910, 11 juillet.

DEUXIÈME PARTIE

VUES DE RÉFORMES

CHAPITRE I

AVANTAGES POUR LE MINEUR DE L'ACCESSION DES FEMMES AUX FONCTIONS DE LA TUTELLE

Etre tuteur, c'est, par définition, défendre, protéger (1). Défendre quoi? les intérêts pécuniaires du mineur. Protéger qui? la personne même du mineur (2).

A ce fait qu'une femme puisse être appelée à la gestion du patrimoine de l'incapable, il n'y aurait point, en droit moderne, d'inconvénient. Il serait oiseux d'invoquer ici les raisons de sentiment qui plaiderent autrefois, en ce cas particulier de la tutelle, la cause des mères et des aïeules, parce qu'il est de

(1) Justinien. *Institutes* I, XIII.

« Est autem tutela, ut Servius définivit, ius ac potestas in capite libero *ad tuendum eum* qui propter aetatem se defendere nequit, iure civili data ac permissa.

Tutores autem sunt, qui eam vim ac potestatem habent, ex qua de ipsa nomen ceperunt, itaque appellantur tutores quasi tuitores atque defensores sicut accitui dicuntur qui aedes tuentur. »

(2) Art. 450. Le tuteur prendra soin de la personne du mineur, et le représentera dans les actes civils. — Il administrera ses biens en bon père de famille.

toute évidence que la femme, apte à gérer son propre patrimoine, sera en mesure de gérer également celui du mineur (1).

Ses tendances naturelles ne pourraient d'ailleurs que lui faciliter la tâche : « La raison pratique et d'usage journalier qui consiste dans la disposition bien entendue de la vie ordinaire et dont l'esprit d'ordre, la prévoyance dans le gouvernement intérieur, l'art d'accorder la richesse et la dépense domestique sont autant de dépendances nécessaires... une prudence de détail et une précaution minutieuse qu'exclut la vigueur de l'esprit masculin permettent à la femme de mieux conserver la fortune, en un mot, d'être un meilleur homme d'affaires que l'homme (2). »

Si la sauvegarde des intérêts pécuniaires est une part importante de la charge du tuteur, elle est loin

(1) « Ne voyez-vous pas tous les jours, et surtout en France, plus qu'en aucun pays du monde, que les intérêts pécuniaires de la famille sont tacitement gérés par la femme et véritablement défendus par elle ?... La femme est une personne majeure, capable de gérer son patrimoine. Croyez-vous que le sentiment de sa responsabilité, ce sentiment cultivé depuis tant de siècles, par sa condition subordonnée, qui l'oblige à rendre des comptes, croyez-vous que vis-à-vis d'un tiers ce sentiment fasse défaut à la femme, même à la célibataire ? Je ne le pense pas. »

M^{me} Schmahl. *Bulletin de la Société d'Etudes législatives*, 1908, p. 327.

(2) Legouvé. *Histoire morale des femmes*, p. 293.

cependant d'être la plus essentielle (1). Parfois la fortune de l'incapable est considérable; en bien des cas, elle peut être insignifiante, voire même nulle.

Par contre, les obligations du tuteur à l'égard de la personne du mineur, demeurent également graves, quel que soit le cas de tutelle envisagé.

La faiblesse de l'enfant réclame une protection toute spéciale.

Quel que soit le dévouement qu'un tuteur mette à s'acquitter de ses fonctions, occupations, genre de vie masculine l'empêchent, lui interdisent même de se laisser accaparer par cette « fiction de paternité » (2). En fait, n'est-ce point là ce qui se passe

(1) « L'enfant est... le reflet de son milieu; bon si le milieu est bon, mauvais, si le milieu est mauvais; et, ce qui est grave, c'est que les qualités et les défauts qu'il acquiert alors ne disparaissent jamais tout à fait : ils laissent une indélébile empreinte. L'enfant que nous avons été survit toujours à quelque degré en nous, dans l'âge mûr. Nous en avons gardé certaines manières de penser, certaines nuances de sentiment, certaines façons même d'agir dont nous sommes nous-mêmes surpris quand la réflexion nous les révèle. Les parents ne sauraient donc trop tôt veiller pour que l'atmosphère morale de ce premier milieu où leurs enfants vont grandir, soit aussi sain que son atmosphère physique et qu'il ne s'y rencontre que des exemples et des leçons utiles à retenir. »

(P.-F. Thomas. *L'éducation dans la famille.*)

(2) Ch. Turgeon. *Op. cit.*, p. 10.

M. Piédelièvre dit, que même lorsque la tutelle est attribuée à l'homme, c'est la femme qui en supportera, en définitive, le poids par suite des soins journaliers que la garde de l'enfant exigera d'elle.

Bulletin de la Société d'Etudes législatives, 1908, p. 208.

le plus ordinairement dans la famille que nul malheur n'est venu désunir ? Le père se voit absorbé une grande partie de la journée par ses affaires, tandis que la mère consacre une bonne part de son temps et de sa peine à la maison et pour la maison. Qu'un ou plusieurs enfants animent joyeusement ce home, et l'on peut affirmer que le meilleur et le plus clair des efforts de la mère s'emploieront à veiller, par une sollicitude de tous les instants, au bien-être comme au développement physique et moral de ses enfants.

La loi le reconnaît, car, de temps immémorial, elle disjoint le droit de tutelle et le droit de garde. A Rome, la mère était nommée « *custos* » (1) de ses enfants; pendant toute la période féodale, le droit d'éducation reste à la mère non tutrice, alors même qu'elle se remariait (2). Le Code civil admet, implicitement, semblable disposition puisqu'il reconnaît que la mère, en cas de remariage, peut perdre la tutelle des biens de ses enfants, ce qui ne l'empêche pas de continuer à prendre soin de leur personne (3).

Une longue tradition, les conditions générales de l'existence féminine prouvent que la femme pos-

(1) Tite Live. II, 40, XXXIX, 9. — Tacite, *Dialogue des Orateurs*, 28.

(2) Ferrière, *op. cit.*, 1^{re} partie, section III, XLIV et suiv.

(3) Art. 390.

sède les qualités de dévouement, de patience et d'oubli de soi que requiert toute éducation. « Se dévouer est sa première nature comme aimer est son premier mouvement généralement sa volonté est plus désintéressée que la nôtre. A chaque instant, la maternité qui sommeille au fond de ses entrailles se réveille et se répand en sacrifices spontanés qui feront toujours d'elle la meilleure éducatrice. Il faut savoir s'oublier comme elle pour s'adonner utilement à la première formation intellectuelle et morale de l'enfance... Pour conclure d'un mot, si l'homme vaut plus, la femme vaut mieux... Les femmes ne peuvent exercer cette fonction qui leur conviendrait si bien qu'à la condition d'être mère ou aïeule du pupille. Cependant, il est fréquent qu'une sœur, une tante, une cousine même soit de toute la parenté la plus attachée aux orphelins survivants, la plus désireuse de se dévouer à leur éducation, la plus capable d'administrer leur fortune (1). »

Pourquoi le Code persisterait-il davantage à ignorer de telles bonnes volontés? Pourquoi maintenir l'incapacité des femmes en matière de tutelle, tandis que pour le mineur il y aurait tout avantage à ce qu'elle fût supprimée ?

Le législateur en a d'ailleurs convenu par la loi du 2 juillet 1907 ; non seulement il reconnaît à la

(1) Turgeon, *op. cit.*, p. 10.

femme le droit d'être tutrice d'un enfant naturel, mais il lui en fait le même devoir qu'à l'homme pour toute autre tutelle.

CHAPITRE II

ORGANISATION DE L'ACCESSION

En supposant admis le principe de l'accession des femmes aux fonctions de la tutelle, reste à en déterminer l'application. De prime abord, elle paraît devoir être aisée : l'organisation adoptée pour la capacité masculine ayant fait ses preuves depuis longtemps, il semblerait que, dans le cas présent, il n'y eût qu'à la prendre comme modèle. Mais, à plus ample examen, les difficultés surgissent : peu graves, si elles n'émanent que de la tradition cherchant à se survivre sous une forme détournée ; d'ordre essentiel, si elles proviennent d'une opposition irréductible entre l'idée nouvelle et les principes généraux qui dominent le Code civil.

Pour les discerner, il y a lieu de se demander si les fonctions de la tutelle sont obligatoires pour toute femme et le demeurent pour la tutrice mariée ou qui vient à se marier au cours de telles fonctions.

SECTION I

L'EXCUSE DU SEXE.

L'exercice des fonctions de la tutelle doit être pour la femme, comme il l'est déjà pour l'homme, *obligatoire et non facultatif*.

En effet, à tout droit correspond un devoir. Il serait illogique que la loi admît qu'on y pût faillir; le but qu'elle poursuit se trouverait ainsi compromis, puisque d'autres intérêts pourraient primer ceux du mineur.

Cependant, pour certaines causes déterminées limitativement par la loi, les personnes nommées aux fonctions de la tutelle ont la faculté de s'en faire dispenser; toutes s'en peuvent prévaloir, puisque les excuses sont générales. Nous ne mentionnerons que les causes d'excuses d'intérêt privé; celles d'intérêt public ne seraient d'aucune utilité pratique pour les femmes qui sont exclues des fonctions publiques énumérées, à cet effet (1), au chapitre de la tutelle. Toute personne qui n'est point parente ou alliée du mineur « ne peut être forcée d'accepter la tutelle que dans le cas où il n'existerait pas, dans la distance de quatre myriamètres, des parents ou alliés en état de gérer la tutelle » (2). En serait dispensée,

(1) Art. 427.

(2) Art. 432.

de droit, toute personne âgée de 65 ans (1), toute personne atteinte d' « infirmité grave et dûment justifiée », telle que celle qui afflige un sourd, un aveugle, un goutteux (2). « Deux tutelles sont, pour toutes personnes, une juste dispense d'en accepter une troisième (3). » « Ceux qui ont cinq enfants légitimes peuvent s'excuser de toute autre tutelle ; les enfants décédés seront comptés pour opérer cette dispense, à la condition qu'ils aient eux-mêmes laissé des enfants existants, ou bien qu'eux-mêmes soient morts en activité de service militaire (4) ; « le droit romain exigeait que l'enfant eût péri sur le champ de bataille, *in ære seu in prælio*, notre Code civil est moins exigeant, il importerait peu que l'enfant fût décédé dans un hôpital, il suffirait qu'à cette époque il fût en service actifs (5). »

Si l'on opte pour l'accession des femmes aux fonctions de la tutelle, certains auteurs souhaitent qu'on ajoute au Code une cause de dispense nouvelle et

(1) Art. 433, § 1.

(2) Art. 434, § 1.

Arrêt du Parlement de Dijon, 30 septembre 1619.

La Cour de Cassation a jugé, le 7 juin 1820, que la cécité est une cause de dispense et non d'exclusion ; de telle sorte qu'on peut nommer pour tuteur un aveugle, si d'ailleurs il consent à accepter la tutelle. (Fréminville, *De la minorité et de la tutelle*, 1845, n° 124.)

(3) Art. 435, § 1.

(4) Art. 436.

(5) Fréminville, *op. cit.*, n° 124.

spéciale aux femmes : l'excuse du sexe. C'est là un échappatoire des moins justifiés et des plus dangereux. Des moins justifiés parce que si, de temps immémorial (1), la mère a pu refuser purement et simplement la tutelle, sans avoir d'excuse à alléguer (2), cette faculté, logique sous le régime de

(1) Pour la mère, l'excuse du sexe était admise à Rome (Novelle 118) et dans notre ancien droit (Henri Beaune. *De la condition des personnes*, § 4, p. 573. — Beautemps-Beaupré. *Le livre des droiz et commandemens d'office de justice*, t. II, n° 896, p. 256. — Ferrière. *Dictionnaire de droit et de pratique*, V° tutrice. — Merlin. *Répertoire de jurisprudence*, V° Tutelle, sect. IV, § IV.) Nous la retrouvons dans le Code civil de 1804, d'après l'art. 394 « la mère n'est point tenue d'accepter la tutelle », dans toutes les législations européennes qui optent pour l'incapacité féminine (Belgique, Hollande, article 404; Italie, art. 273, 1°), et jusque dans le Code civil allemand et Suisse : la mère, ainsi que toutes les femmes qui peuvent être appelées à la tutelle ont la faculté d'invoquer l'excuse du sexe pour se récuser. Art. 1786 (Code civil allemand) : « Peuvent refuser la délation de la tutelle : 1° les femmes..... ». Art. 382 (Code civil suisse) : « Les parents mâles du mineur ou de l'interdit, le mari ainsi que toutes autres personnes du sexe masculin habitant l'arrondissement tutélaire et jouissant des droits civiques, sont tenus d'accepter les fonctions de tuteur... »

« Les femmes peuvent être tutrices, mais elles ne seront pas tenues d'accepter la tutelle. »

Art. 409 à 414, p. 252. Exposé des motifs de l'avant-projet du Code civil suisse.

(2) « Cette excuse est péremptoire; et c'est à la mère elle-même, à elle seule, que la loi s'en rapporte sur le point de savoir si elle se sent capable de gérer la tutelle. » (Démolombe, t. 7, n° 443, p. 262.)

l'incapacité féminine, n'a plus aucune raison d'être sous un régime où toute femme est présumée apte à bien s'acquitter de telles fonctions. Or, le législateur qui admettrait une exception aussi générale et vaste que l'excuse du sexe, démentirait ainsi le principe de capacité par lui-même adopté. En effet, dire : en droit, les femmes sont capables d'être tutrices, puis tôt après ajouter : mais en fait, toutes peuvent d'elles-mêmes convenir qu'elles ne le sont pas, se trouve être formellement contradictoire et aboutit, en résumé, à reconnaître aux femmes une capacité guère moins exceptionnelle que celle d'autrefois (1).

C'est là, en effet, une trace persistante de l'esprit traditionaliste qui se manifeste par cette trop large exception : vaincu sur la question de principe, il trouve cependant moyen, sous couleur de progrès, de s'insi-

(1) *Bulletin de la Société d'Etudes législatives*, 1908, p. 204. M^m d'Abbadie d'Arrast proteste contre la situation injurieuse que le Code civil a faite aux femmes ; elle dit que si l'on veut réparer les injustices qu'il a commises, il ne faut pas détruire d'une main ce que l'on a fait de l'autre et qu'il ne faut pas, après avoir proclamé la femme l'égale de l'homme, la replacer au-dessous de lui par de fâcheuses condescendances. La femme, qui a les mêmes droits que l'homme, doit avoir les mêmes devoirs.

P. 319. M^{me} Oddo Deflou : « Si nous voulons des droits, il faut assumer des devoirs. Toute excuse qu'on veut nous octroyer, à raison d'une prétendue faiblesse mentale ou physique, se retournera contre nous. Ou nous accepterons tous les devoirs, ou nous resterons dans la condition subordonnée où nous sommes depuis si longtemps. »

nuer, pour persister à titre d'exception. Par cela même, la légitimité de cette dernière est donc bien suspecte. Ses partisans s'efforcent d'en démontrer l'utilité. « On a fait valoir... que, peut-être dans certains milieux, la femme se trouverait troublée par cette nouvelle capacité qu'elle n'avait pas toujours sollicitée, à l'exercice de laquelle ne l'auraient pas préparée, non seulement ses connaissances antérieures, mais encore sa façon de vivre. Elle peut se trouver dans des conditions de milieu telles qu'ayant peu l'habitude de l'initiative ou de la direction, n'ayant jamais pratiqué le maniement des affaires pécuniaires, elle se sente dans un pays tout à fait étranger, en entrant dans cette tutelle; ou bien elle peut avoir vécu toute une vie d'effacement, de retraite, où la perspective d'un contact permanent et nécessaire avec le dehors la jette dans un effroi irraisonné et invincible. De sorte que le droit pour elle de s'excuser, apparaîtrait comme une sorte de transition entre l'état ancien des choses et l'état nouveau. Plus tard, on pourrait corriger cette réserve en supprimant l'excuse du sexe » (1). Il n'y a pas lieu de se laisser arrêter bien longtemps par une telle objection (2).

(1) *Bulletin de la Société d'Etudes législatives*, 1908. Rapport de M. Meynial.

(2) *Ibid.*, p. 329. M. Tissier.

Faire une différence entre la femme et l'homme n'est pas un procédé sérieux. Dans la classe rurale et dans la classe ouvrière, c'est la femme qui est le plus capable. Dans la classe

Ainsi que le faisait remarquer M. Meynial : « Une femme, dans la situation traditionaliste » qui vient d'être exposée « n'aurait qu'à faire un effort pour y échapper. Il est évident, d'ailleurs, qu'en général il lui suffirait d'exposer ses raisons au conseil de famille, qui ne manquerait pas d'en tenir compte et de s'abstenir de la nommer » (1).

L'excuse du sexe serait, pour les femmes, un échappatoire des plus dangereux parce qu'elle favoriserait l'inertie que la masse oppose bien souvent à toute modification, — même heureuse, — de ses habitudes et parce qu'elle favoriserait aussi l'égoïsme toujours prêt à se faire jour. L'expérience prouve qu'au premier prétexte qui leur en est offert, trop de personnes, peu scrupuleuses, il est vrai, se dérobent à leur devoir ; en matière de tutelle, où les responsabilités sont multiples et graves, ces défections seraient plus fréquentes que partout ailleurs, si on ne les prévenait par une législation sévère.

Donc, l'obligation d'être tutrice doit s'imposer d'une manière aussi stricte que l'obligation d'être tuteur. Les excuses d'âge, d'infirmité, de pluralité d'enfants ou de tutelles suffisent à tous les cas de dispense, quel que soit le sexe de celui qui la solli-

bourgeoise, c'est différent. C'est au Conseil de famille à choisir le plus apte, qui peut être la femme. Entre quatre incapables, dont trois hommes et une femme, on choisira le moins incapable.

(1) *Ibid.* Rapport de M. Meynial

cite ; il n'y a pas lieu d'ajouter une cause spéciale de dispense qui, la mode aidant, deviendrait vite pour les femmes, un mauvais prétexte pour se récuser. En conséquence, libre d'elle-même, la femme a le devoir juridique d'accepter la tutelle.

SECTION II

MARIAGE DE LA TUTRICE.

Si la tutrice se marie au cours de telles fonctions, devra-t-elle pour les continuer obtenir l'autorisation maritale ; de même, la femme mariée ne pourra-t-elle, sans l'assentiment de son mari, assumer la responsabilité d'une tutelle ?

Les partisans de la pleine liberté de la tutrice allèguent que la tutelle est un droit et un devoir de famille, voire même de seule affection, s'il s'exerce hors de la famille, — par conséquent, la femme est seule à même d'en apprécier les exigences devant lesquelles devrait plier le principe de l'autorisation maritale. C'est ce qui advient, notamment lorsque la femme reconnaît un enfant naturel ou s'acquitte d'une obligation alimentaire. De plus, si la tutelle est déclarée obligatoire pour la femme au même titre qu'elle l'est pour l'homme, l'interposition du mari serait encore plus inexplicable : à l'encontre des dispositions légales qui supprimeraient l'excuse du sexe,

le mari pourrait, par son seul veto, rétablir, — sous couleur d'autorisation maritale, — cette excuse et en user non plus dans l'intérêt de la femme ni dans l'intérêt du mineur, mais dans son propre intérêt et selon son bon ou... mauvais gré.

Les partisans de l'autorisation maritale allèguent que cette formalité est indispensable parce qu'elle est une conséquence nécessaire de l'organisation actuelle de la famille et du droit de direction reconnu par la loi et par les mœurs au profit du mari. « M. Massigli déclare qu'il ne faut point oublier que le mari est le chef du ménage » et dit que lorsqu'une « femme reconnaît un enfant naturel qu'elle a eu avant le mariage, si elle peut le faire sans l'autorisation du mari, du moins celui-ci peut-il demander le divorce ; ici, au contraire, il sera forcé de supporter à son foyer un enfant qu'il n'a pas voulu et dont elle a accepté la tutelle » (1). Car il importe, dit M. Massigli, de ne point considérer ici la mise en vigueur du principe de l'autorisation maritale comme une conséquence de l'incapacité de la femme mariée, mais uniquement comme une question de discipline domestique. C'est ainsi que le Code civil allemand (2), malgré qu'il ignore l'incapacité juridique de la femme mariée, impose à celle-ci, lorsqu'elle est nommée tutrice, l'obligation d'obtenir l'autorisation préalable de son mari.

(1) *Bulletin de la Société d'Etudes législatives*, p. 206 et 207.

(2) V. p. 31, note 6.

En l'occurrence, le principe de l'autorisation matrimoniale semble donc devoir s'appliquer ; il s'impose si le législateur rend la co-tutelle obligatoire pour le mari de la tutrice.

Puisque la co-tutelle du mari de la mère tutrice légale a été organisée, comme nous l'avons vu, dans l'intérêt du mineur, — les mêmes raisons militent encore dans le cas de n'importe quelle tutrice, pour imposer la co-tutelle au mari ; « on ne comprendrait pas, en l'état de nos lois et de nos mœurs qu'une femme mariée pût être nommée tutrice contre la volonté de son mari, et nous ajoutons même que le consentement de ce dernier ne saurait suffire et que, de toute nécessité, la co-tutelle devrait être déférée de droit au mari. C'est la disposition impérative dans le cas d'une mère tutrice qui se remarie et qui est maintenue dans la tutelle et cette disposition est fondée sur le triple intérêt du mineur, de la mère tutrice et du nouveau mari lui-même » (1).

Si la co-tutelle est décrétée obligatoire, il sera également nécessaire que la tutrice mariée, — ou qui se marie, — se fasse à peine de déchéance, habilitier, de nouveau, par le conseil de famille.

(1) M. Cordelet, sénateur. — Rapport fait au nom de la première commission d'initiative parlementaire chargée d'examiner la proposition de loi de M. Georges Martin (*Documents parlementaires*. Sénat, séance du 28 mars 1890. Annexe n° 50, p. 95.)

Donc, l'autorisation du conseil de famille, l'autorisation maritale et la co-tutelle du mari, — obligatoires pour la mère tutrice légale, — le seraient également pour toute autre tutrice,

SECTION III

AUTRES RÉFORMES QU'ENTRAINERAIT L'ACCESSION DES FEMMES AUX FONCTIONS DE LA TUTELLE.

§ 1. — *Les femmes membres du conseil de famille.*

Le principe de l'accession des femmes aux fonctions de la tutelle étant admis, elles ne se verraient plus exclues des conseils de famille. Ce serait encore tout à l'avantage des incapables qu'on souhaite protéger, car de la sorte, la composition du conseil de famille serait rendue plus aisée, les réunions beaucoup facilitées dans la pratique, enfin les conseils d'éducation, de culture intellectuelle et morale que les femmes seraient à même de donner, au cours de ces réunions, grâce aux indices de caractère qu'elles ont pu observer, journellement, chez l'enfant, constitueraient un concours non moins précieux que celui fourni par les hommes d'affaires siégeant en même temps qu'elles au conseil de famille.

Lorsque des époux sont tous deux parents du mineur, ils ne pourront, ensemble, faire partie du con-

seil de famille, afin qu'une confusion possible de leurs deux suffrages ne puisse nuire, parfois, aux intérêts du mineur. Mais le mari n'y représente pas nécessairement la femme. Celle-ci, lorsqu'elle est plus proche parente de l'incapable peut être choisie de préférence à son mari ; c'est au contraire ce dernier qui serait nommé si les deux époux étaient, à degré égal, parents de l'incapable, « parce que dans l'état actuel de notre législation, lorsqu'il faut choisir, c'est encore en faveur de l'homme qu'on se décide » (1) ou plus exactement « que les hommes se décident ».

§ 2. — *Suppression de tous autres détails dérivant du privilège de masculinité.*

La capacité féminine en matière de tutelle impliquerait aussi quelques réformes de détail qui serviraient utilement l'intérêt du mineur.

Les sœurs germaines et non plus seulement les frères germains (2) pourraient figurer sans limitation de nombre aux réunions du conseil de famille.

Il y aurait lieu, également, de supprimer quand la

(1) M. Meyhial. *Bulletin de la Société d'Etudes législatives*, année 1908, p. 314.

(2) Art. 408. — « Les frères germains et les maris des sœurs germaines sont seuls exceptés de la limitation de nombre posée en l'article précédent. — S'ils sont six, ou au-delà, ils sont tous membres du Conseil de famille, qu'ils composent seuls, avec les veuves d'ascendants et les ascendants valablement excusés s'il y en a... »

tutelle est déferée aux ascendants ou ascendantes, toute différence entre la ligne paternelle et la ligne maternelle (1), ce qui permettrait au conseil de famille de confier l'orphelin à celui de ses ascendants le plus proche, le plus valide et autant que possible le plus jeune (2).

Enfin, en matière de tutelle, la mère devrait avoir les mêmes droits que le père et pouvoir, elle aussi, donner à son conjoint survivant un conseil spécial pour tous les actes relatifs à la tutelle ou à certains d'entre eux. Sans doute, l'institution d'un conseil spécial semble n'être, dans le Code, que l'un des corollaires du principe d'incapacité admis pour les femmes en matière de tutelle. Ce conseil semble n'avoir été institué que pour faciliter la tutelle légale de la mère, pour limiter le plus possible les cas où la mère recourrait à l'excuse du sexe pour se récuser. Si donc le principe d'incapacité des femmes en matière de

(1) C'est en ce sens que M. Louis Martin proposait au Sénat une nouvelle rédaction de l'art. 402. — (Séance du 23 juin 1912, annexe n° 20, p. 253.)

(2) « L'Education consiste en partie à revivre dans l'enfant sa propre enfance en l'éclairant de son expérience, à se refaire enfant pour voir ce que l'enfant peut recevoir de prescriptions et de conseils. On peut revivre son enfance à trente ans; à quarante ans, c'est difficile, à cinquante ans, c'est impossible... Notez qu'il est essentiel pour l'enfant d'avoir des parents gais... Il n'y a presque plus de parents gais; c'est qu'ils ont de quarante à cinquante ans. C'est un désastre pour une génération d'avoir des parents feuille-morte. » (F. Faguet. *Les dix commandements de la famille*.)

tutelle disparaissait du Code, il semblerait qu'il dût en être de même de l'institution du conseil spécial. Cependant celle-ci garderait son utilité et il serait désirable qu'elle fût conservée ; les cas exceptionnels d'incapacité, en quelque sorte partielle, auxquels elle obvie peuvent toujours se rencontrer en pratique : privée de l'assistance du conseil spécial, la mère de famille qui redoute sa propre inexpérience des affaires, se verra contrainte, bien à regret, de se désintéresser de la tutelle de ses enfants. — A l'égard des autres tutrices, on pourrait admettre que, puisqu'il ne peut s'agir, pour elles, de tutelle légale, — le conseil spécial n'aurait aucune raison d'être à leur égard : sont-elles capables de gérer la tutelle, le conseil de famille la leur attribue ; dans le cas inverse, elles en seraient écartées. Donc, le père garderait la faculté de nommer un conseil spécial à la mère survivante, et la mère pourrait, elle aussi, imposer à son mari survivant la collaboration plus ou moins large d'un aide, si elle le juge indispensable pour la sauvegarde des intérêts pupillaires. « N'avons-nous pas tous connu des ménages où le père joueur ou paresseux, ne conservait sa situation sociale que grâce à l'énergie de sa femme qui, une fois la séparation prononcée, reconstituait la fortune dissipée par le chef de la communauté, ou gérant avec sagesse et avec prudence les biens à elle échus ultérieurement par succession ou donation ? J'en ai rencontré un assez grand nombre et je n'oublierai jamais les inquiétudes et les

angoisses de ces vaillantes femmes à la pensée que si elles venaient à mourir avant leur mari, c'est ce dernier qui aurait à administrer et qui dissiperait sans doute le bien péniblement remis en ordre par elle pour assurer l'avenir de leurs enfants. Je renonce à peindre leur désespoir quand, consulté par elles, sur le moyen légal qu'elles avaient d'empêcher la possibilité d'une éventualité tant redoutée, j'étais obligé de dire qu'il n'en existait pas » (1).

A l'inverse, lorsque le père, remarié, désignerait un tuteur testamentaire aux enfants de son premier mariage, il devrait, lui aussi, obtenir à cet effet, l'autorisation du conseil de famille. Le Code n'exige cette autorisation qu'à l'égard de la mère remariée (2), dans la crainte que malgré l'intérêt contraire de ses enfants, elle ne leur désigne son second mari pour tuteur testamentaire. Dès lors que les femmes pourraient être nommées tutrices, il pourrait advenir que le père remarié désignât sa seconde femme comme tutrice testamentaire des enfants de son premier mariage : il y aurait donc lieu parfois d'obvier aux mêmes inconvénients que dans le cas précédent. d'où la même formalité nécessaire de l'autorisation du conseil de famille pour l'installation d'un tuteur testamentaire désigné par l'un ou l'autre époux remarié.

(1) M. Marc Réville, député (*Documents parlementaires*, Chambre, 1905, annexe 2314, p. 307).

De même M. Paul Lapie. *La Femme dans la famille*, 1908, p. 255.

(2) Art. 400.

SECTION IV

AUTRES TUTELLES QUI DEVIENDRAIENT ACCESSIBLES AUX FEMMES.

Jusqu'ici, nous n'avons envisagé que l'hypothèse où la femme serait tutrice d'un mineur, parce que c'est le cas de tutelle le plus fréquent et le plus typique.

§ 1. — *Tutelle officieuse.*

Si le principe de la capacité féminine en matière de tutelle était admis, les femmes pourraient être nommées tutrices officieuses. A vrai dire, on recourt rarement à cette sorte de tutelle, très différente par ses conditions et ses caractères de la tutelle étudiée aux précédents chapitres. Le Code édicte que « tout individu âgé de plus de cinquante ans et sans enfants ni descendants légitimes qui voudra, durant la minorité d'un individu, se l'attacher par un titre légal, pourra devenir son tuteur officieux en obtenant le consentement des père et mère de l'enfant ou du survivant d'entre eux, ou, à leur défaut d'un conseil de famille, ou enfin si l'enfant n'a point de parents connus, en obtenant le consentement des administrateurs de l'hospice où il aura été recueilli ou de la municipalité du lieu de sa résidence » (1). Il ne peut plus

(1) Art. 361.

être question, en ce cas, de droit ou de devoir de famille, puisque la tutelle officieuse a été instituée pour rendre possible l'adoption de l'enfant qui en est l'objet, et cela cinq ans après seulement (1). On ne voit donc pas d'obstacle à ce qu'une femme la puisse assumer, puisque le Code civil reconnaît déjà l'exercice du droit d'adoption à la femme, à condition que, mariée, elle obtienne l'autorisation de son mari (2).

§ 2. — *Tutelle d'un interdit.*

L'accession des femmes aux fonctions de la tutelle leur permettrait aussi, en bien des cas, de défendre utilement les intérêts des interdits. Jusqu'ici, le Code ne fait exception à son principe d'incapacité féminine qu'à l'égard de la femme de l'interdit (3). Déjà, dans notre ancien droit, la femme pouvait être « curatrice de son mari prodigue, furieux et interdit, si

(1) Art. 366. « Si le tuteur officieux, après cinq ans révolus, depuis la tutelle, et dans la prévoyance de son décès avant la majorité du pupille, lui confère l'adoption par acte testamentaire, cette disposition sera valable, pourvu que le tuteur officieux ne laisse point d'enfants légitimes. »

(2) Art. 362. « Un époux ne peut devenir tuteur officieux qu'avec le consentement de l'autre conjoint. »

« On n'imagine pas le nombre de femmes qui assiègent les hospices et les administrations d'assistance publique pour avoir des enfants adoptifs. »

Martin-Dupont. *Venus genitrix*. Etude de psychologie féminine, 1910, p. 7.

(3) Art. 507.

elle est capable de cette charge. La loi présume que qui que ce soit ne peut être plus affectionné et plus attentif qu'elle pour veiller à la conservation de son mari et de ses biens » (1). De même, en 1804, « les auteurs du projet ne craignent pas de compromettre la dignité du mari en autorisant le conseil de famille à déférer la tutelle à son épouse..... Ils présument que la femme conservera pour la personne révéérée de son époux, ce tendre empressement, ces précautions attentives, ces soins affectueux que son état rend doublement nécessaires et que nul ne saurait imiter. Mais, en même temps, ils ont senti qu'en retirant ainsi la femme du cercle resserré des occupations domestiques pour l'élever au gouvernement de la famille, il était prudent de l'environner des sages avis de la parenté qui demeurent néanmoins subordonnés eux-mêmes à la sagesse supérieure des tribunaux » (2). Tandis que « le mari est, de droit, tuteur de sa femme interdite » (3), la réciproque n'existe pas à l'égard de la femme : c'est là une conséquence logique du principe d'incapacité admis par le Code « la femme ne pourra être nommée tutrice de son mari » (4) que si le conseil de famille la juge capable, en fait, d'exercer de

(1) Ferrière. *Dictionnaire de droit et de prat.* V° Femme. V. Meslé, p. 460, n° 15.

(2) Locré, VII, p. 394 et 395, n° 14.

(3) Art. 506.

(4) Art. 507.

telles fonctions (1). Le principe de la capacité féminine étant admis, il semble que la femme pourrait être, elle aussi, tutrice légale de son mari, — et surtout que sœurs, tantes et autres parentes qui s'intéressent à l'interdit, pourraient être appelées à cette tutelle. A cet égard, l'exemple cité par M. Morel d'Arleux est caractéristique : « Il y a peu de temps, dit-il, une dame meurt laissant quatre enfants : un fils, deux filles, dont l'une, interdite depuis quarante ans, et une veuve ayant des enfants et sachant gérer sa fortune. Dans la situation actuelle, on a été obligé de prendre un des frères qui ne présentait pas la même sécurité que sa sœur, veuve, pour la gestion de la fortune de sa sœur qui était dans une maison de santé. J'ai cru devoir citer cet exemple pour montrer combien il est nécessaire qu'une sœur, une tante, une marraine puisse avoir la tutelle » (2). « Enfin, pour mettre une harmonie plus complète dans la matière qui nous occupe, il faudra modifier d'un seul mot l'arti-

(1) La Cour de Paris avait jugé, le 7 janvier 1815, que la femme ne pouvait être écartée de la tutelle sans un motif valable. « C'était réellement la reconnaître tutrice légitime. » (Duranton, t. III, n° 752, p. 693, note 1); cet arrêt a été cassé le 27 novembre 1816, et, sur le renvoi, la Cour d'Orléans, le 9 août 1817, a jugé comme la Cour de cassation, que c'est là pour le Conseil, une simple faculté. V. Marcade, II, p. 313, note 1.

S'il n'y a pas de raison d'exclure la femme, le Conseil fera bien de la nommer. Laurent, V, n° 291, p. 344.

(2) *Bulletin de la Société d'Etudes législatives*, 1908, p. 318.

cle 513 qui constitue le conseil judiciaire du prodigue, en spécifiant que ce conseil pourra appartenir à l'un ou l'autre sexe » (1).

(1) M. Marc Réville. *Documents parlementaires*, annexe 2314. Séance du 16 mars 1905. Chambre.

Cependant, M. Planiol objecte que le rôle de Conseil judiciaire et celui du tuteur ne sont pas les mêmes, et que le conseil, s'il n'est plus nécessairement, comme jadis, un homme de loi, en fait cependant un peu l'office en remplaçant à lui seul tous les rouages de la tutelle. Il est plus facile de servir de tuteur que de conseil judiciaire, et à moins d'être spécialement apte aux affaires ou licenciée en droit, la femme sera généralement mal préparée à cette fonction. (Tome I, p. 931, note 1).

CONCLUSION

Donc, juridiquement et à tous égards, l'accession des femmes aux fonctions de la tutelle serait utile (4) et bienfaisante. C'est ce que, dès 1860, disait déjà M. Legouvé, — en termes éloquents et chaleureux que nous tenons à rappeler parce qu'ils condensent, avec talent, toute la question que nous venons de discuter. « Les femmes en sont exclues (de la tutelle et du conseil de famille) et elles devraient y occuper la première place. »

« Les hommes, nommés membres d'un conseil de famille ne songent trop souvent qu'à en éluder les devoirs. Le plus léger prétexte leur sert de motif d'absence et le juge de paix se voit forcé de les remplacer par des indifférents ou des étrangers. Sont-ils présents, ils n'apportent, la plupart du temps, à la réunion, ni esprit d'examen, ni études préparatoires ; ils écoutent à peu près ce qu'on leur dit, ils signent ce qu'on leur montre ; le tuteur reste maître, et le pupille orphelin. Or, ce tuteur, quel est-il ? Souvent un administrateur intègre, rarement un père. Ce qui manque dans ces institutions, c'est précisément ce qui les a fait créer et ce qui peut seul les faire vivre, la charité, la tendresse. Emportés et absorbés par les travaux du dehors, les hommes n'ont ni le loisir, ni la chaleur d'âmes nécessaires à ces paternités d'adoption. Les meilleurs, ceux à qui leur conscience fait

remplir ces fonctions comme un devoir, y montrent les qualités précieuses de l'homme d'affaires ; ils veillent sur les biens du mineur, ils défendent ses intérêts, mais son âme, son être moral, n'est l'objet d'aucun soin réel. On le défend, on ne l'aime pas. Appelez les femmes comme les hommes à ces deux offices, soudain tout change. La tutelle, dans les mains des sœurs ou des amies devient une maternité, sans cesser d'être une administration, les conseils de famille se vivifient par leur influence. Instruites au maniement des affaires privées, grâce à leur propre affranchissement, rendues plus actives et plus éclairées par le concours des hommes, que la rivalité rendra plus exacts, mêlant leur vigilance cordiale, leur esprit de détail, leur connaissance des enfants, leur préoccupation du perfectionnement moral à la raison masculine plus froide et plus positive, elles feront, enfin, de la tutelle et des conseils de famille, une famille, Ainsi l'élèveront ces magistratures par les femmes, et les femmes par ces magistratures » (1).

(1) E. Legouvé. *Histoire morale des femmes*, p. 365 et 366.

Vu :
Le Doyen,
F. LARNAUDE.

Vu :
Le Président de la thèse,
MASSIGLI.

Vu et permis d'imprimer :
Le Vice-Recteur
de l'Académie de Paris,
LIARD.

TABLE DES MATIÈRES

BIBLIOGRAPHIE	1
Ouvrages généraux	1
Thèses	5
Journaux, Revues	6
Ouvrages relatifs à la législation étrangère	6
INTRODUCTION	7

PREMIERE PARTIE

LÉGISLATION ACTUELLE

CHAPITRE I. — <i>France</i>	15
Section I. — Tutelle d'un enfant légitime	15
§ 1. — De la mère tutrice	15
1 ^{re} particularité : Faculté légale de refuser la tutelle	16
2 ^e particularité : Un conseil spécial peut être nommé par le père	16
3 ^e particularité : Curateur au ventre	18
4 ^e particularité : Convol de la mère tutrice	19
§ 2. — De l'ascendante tutrice	32
Section II. — Tutelle d'un enfant naturel	34
Section III. — Pourquoi le Code exclut les femmes des fonctions de la tutelle	38
CHAPITRE II. — <i>Législations étrangères</i>	49

DEUXIEME PARTIE

VUES DE RÉFORMES

CHAPITRE I. — <i>Avantages pour le mineur de l'accession des femmes aux fonctions de la tutelle</i>	59
CHAPITRE II. — <i>Organisation de l'accession des femmes aux fonctions de la tutelle</i>	65
Section I. — L'excuse du sexe	66
Section II. — Mariage de la tutrice	72
Section III. — Autres réformes qu'entraînerait l'accession des femmes aux fonctions de la tutelle	75
§ 1. — Des femmes, membres du conseil de famille .	75
§ 2. — Suppression de tous autres détails dérivant du privilège de masculinité	76
Section IV. — Autres tutelles accessibles aux femmes	80
§ 1. — Tutelle officieuse	80
§ 2. — Tutelle d'un interdit	81
CONCLUSION	85

Grande Imprimerie de Blois, 2, rue Haute. — 7024
